القضاء والشهادات

بسم الله الرحمن الرحیم

القضاء و الشهادات

كاتب:

آیت الله علی حسینی میلانی

نشرت فی الطباعة:

الحقایق

رقمی الناشر:

مرکز القائمیة باصفهان للتحریات الکمبیوتریة

الفهرس

القضاء والشهادات المجلد ۲

اشاره

ص :۱

ص :۱۰۲

ص: ۱۴۲

ص :١٩٨

ص :٢٠٩

ص :۲۲۷

ص :۳۰۸

بقیه کتاب القضاء

الکلام فی: کتاب قاضٍ إلیٰ قاض

اشاره

إعلم أن حکم الحاکم موضوع لأحکام بالنسبه إلی غیره من الحکّام، کوجوب الإنفاذ فی بعض الموارد، وعدم جوازه فی بعض الموارد، ووجوب التفحص عن دلیله فی موارد، وعدم جوازه فی أخری.

ثم الحکم الذی یصدره الحاکم، یمکن إنهاؤه إلی الحکّام الآخرین: بالقول، وبالکتابه، بشهاده العدلین، وبإقرار المحکوم علیه بذلک الحکم.

حکم إنهاء الحکم بالکتابه

وبالنسبه إلی إنهائه بالکتابه قال المحقق (۱): « أما الکتابه فلا عبره بها» .

أی: فلا تکون موضوعاً لشیء من الأحکام، قال: « لإمکان التشبیه» .

وهذا التعلیل یتوجّه فی عصرنا بالنسبه إلی الأحکام التی یصدرها الحکّام أو ینهونها بواسطه الهاتف أیضاً، لإمکان التشبیه فی الصوت بسهوله جدّاً.

وأضاف فی (الجواهر) : « وعدم القصد إلی الحقیقه، وعدم الدلیل شرعاً علی اعتبار دلالتها» .

وقد ادّعی الإجماع علی عدم العبره بالکتابه، وحکی عن بعضهم نفی الخلاف فیه، وقیل: لا ـ مخالف إلا أبو علی ابن الجنید الإسکافی، والأردبیلی حیث اعتبرها فی صوره العلم بالکتابه، وکونه قاصداً لمعناها، قال: ولهذا جاز العمل

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۹۵.

بالمكاتبه فى الروايه، وأخذ المسأله والعلم، والحديث من الكتاب المصحح عند الشيخ المعتمد، ولأنه قد يحصل منها ظن أقوى من الظن الحاصل من الشاهدين، بل يحصل منها الظن المتاخم للعلم، بل العلم مع الأمن من التزوير، وأنه كتب قاصداً للمدلول، وحينئذ يكون مثل الخبر المحفوف بالقرائن المفيده للعلم بأن القاضى الفلانى الذى حكمه مقبول حكم بكذا، فإنه يجب إنفاذه وإجراؤه من غير توقف، ويكون ذلك مقصود ابن الجنيد، ويمكن أن لا ينازعه فيه أحد، بل يكون مقصودهم الصوره التى لم يؤمن فيها التزوير، أو لم يعلم قصد الكاتب إراده مدلول الرسم (١).

وأجاب عنه فى (الرياض) بقوله: وفيه نظر، لأن ذلك فرع قيام دليل قاطع على جواز العمل بالظن مطلقاً، ولم نجده فى نحو محل البحث ممّا يتعلق بموضوعات الأحكام التى لم تتوقف عليها مطلقاً، ولو كان الظن للعلم متاخماً، ومجرّد كون الظن بالكتابه أقوى من الظن الحاصل من شهاده الشاهدين لايوجب قطعيتّه ولا حجيته إلا على تقدير أن تكون حجيتها من حيث إفادتها المظنه وهو ممنوع، بل كلمه القائلين بحجيّتها وسماعها هنا مطبقه على أنها من جهه الأدلّه الأربعه التى سيأتى ذكرها، وهى أدلّه قاطعه أو ظنيه ظناً مخصوصاً مجمعاً عليه، ومثلها لم يقم على اعتبار ظن الكتابه، بعد إمكان دفع الضروره - التى هى الأصل فى تلك الأدلّه - بالشهاده على الحكم وإقامه البينه وإنفاذ الحاكم الثانى الحكم بها.

وعلى الجمله، لو كان السبب لاعتبار شهاده الشاهدين هو إفادتها المظنه أمكن ما ذكره، أما لو كان قضاء الضروره وغيره مما هو كالدليل القاطع، فلا وجه

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۳۰۳ - ۳۰۴.

له ولاـ لقياس الكتابه بالشهاده، ولاـ بالإكتفاء بالروايه المكاتبه، وأخذ المسأله، ونحوهما مما ذكره، لأن مستند الإكتفاء بهذه الامور المعدوده فى نحو الأحكام الشرعيه إنما هو من حيث قضاء الضروره، وانسداد باب العلم بها بالكليّه، وعدم إمكان تحصيلها إلاـ بالمظنه، وأن عدم اعتبارها حينئذ يوجب إما الخروج عن التكليف، أو التكليف بما لا يطاق، وهما ممتنعان قطعاً، عقلًا وشرعاً، وهذا السبب يختص بها دون ما نحن فيه مما لم ينسد فيه باب العلم (۱). . .

وقال فى (الجواهر) بعد كلام الأردبيلى المذكور: التحقيق: أن الكتابه من حيث أنها كتابه لا دليل على حجيّتها قطعاً مطلقاً، سواء فى إقرار وغيره، بل عن ابن إدريس فى نوادر القضاء التصريح بأنه لا يجوز للمستفتى أن يرجع إلا إلى قول المفتى دون ما يجده بخطّه – إلى أن قال – بغير خلاف من محصّل ضابط لاصول الفقه، وبنى على ذلك عدم حجيه المكاتبه، قال: لأن الراوى للكتابه ما سمع الإمام يقول، ولا شهد عنده شهوده أنه قال، وإن كان فيه ما ستعرف.

نعم، إذا قامت القرائن الحاليّه وغيرها على إراده الكاتب بكتابته مدلول اللفظ المستفاد من رسمها، فالظاهر جواز العمل بها، للسيره المستمره فى الأعصار والأمصار على ذلك، بل يمكن دعوى الضروره على ذلك، خصوصاً مع ملاحظه عمل العلماء فى نسبتهم الخلاف والوفاق، ونقلهم الإجماع وغيره فى كتبهم المعوّل عليها بين العلماء. . . ولكن مقتضى ذلك أن تكون الكتابه فيما نحن فيه – بعد انتفاء احتمال التزوير وعدم القصد وغيرهما من الاحتمالات – بمنزله إخباره بالحكم، فإن قلنا بقبوله قبلت وإلا فلا.

۱– ۱) رياض المسائل ۱۵: ۱۳۴ – ۱۳۶.

وربما أشعر التعليل الأول فى عباره المصنف، والثانى فى عباره غيره بإراده غير هذا الفرد من الكتابه، كما أنه يمكن حمل كلام ابن الجنيد ومن وافقه على ما ذكرنا، فيعود النزاع لفظياً.

وتحمل الروايتان على العمل بالحكم بالكتابه، بمعنى إيجاد الحكم بها باللّفظ، لا على العمل بها من حيث أنها كتابه، إذ من المعلوم عدم دلالتها على كونها منه، وأنه قصد بها معنى اللفظ المستفاد من رسمها (۱). . .

قلت: والتحقيق هو النظر فى الجهات الموجبه للشك بحجيه الكتابه والمفرقه بينها وبين القول، والذى يوجب الشك فى الاعتبار ليس إلا احتمال الكذب، أو احتمال السهو والنسيان، أو احتمال عدم القصد.

أمّا الأول فالمفروض عدمه للوثاقه.

وأما غيره من الاحتمالات، فكلّها منتفيه بالأصل.

والفرق بين القول والكتابه هو: مجى احتمال التشبيه فى الثانى دون الأول، ولذا لم يذكر المحقق غير هذا الاحتمال لعدم العبره بالكتابه، وإن كان احتمال عدم القصد فى الكتابه أقوى منه فى القول، لكنه يندفع بالأصل كما تقدم، ويندفع أيضاً بالعلم بالكتابه وكونها خط فلان.

وأضاف فى (السرائر) : إحتمال التزوير (۲)، وهو - كما فى مجمع البحرين -: تزيين الكذب. ولكن هذا الاحتمال مشترك بين القول والكتابه.

وأما الإجماع المدعى فهو منقول، وتبقى الروايتان:

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۳۰۴ - ۳۰۵.

۲- ۲) السرائر فى الفقه ۲: ۱۸۷.

۱ – عن السکونی عن جعفر عن أبیه عن علی علیه السلام: « إنه کان لا یجیز کتاب قاض إلی قاض، فی حدّ ولا غیره، حتی ولیت بنوا اُمیه، فأجازوا بالبیّنات» (۱).

۲ – عن طلحه بن زید عن جعفر عن أبیه عن علی مثلها (۲).

وهما – بناء علی اعتبار هما بعمل الأصحاب (۳)- محمولتان علی أن ذلک کان منه علیه السلام فی مورد عدم حصول الإطمینان بالکتابه، وقصد کاتبها لما کتبه.

فالعمده فی الاستدلال علی عدم العبره بالکتابه هو عدم الدلیل النقلی علی العبره بها، إلا أنا نستدل بالسیره العقلائیه القائمه علی الإعتبار فی حال الوثوق والإطمینان، ولا رادع عن هذه السیره، والروایتان قد عرفت حملهما علی مورد خاص.

والحاصل: إن الاحتمالات مشترکه بین القول والکتابه، فحیث تنتفی عن الکتابه قبلت کالقول بلا فرق.

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۹۷/۱. کتاب القضاء، الباب ۲۸.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۹۸/۱. کتاب القضاء، الباب ۲۸.

۳- ۳) سند روایه السکونی: الشیخ بإسناده عن سعد بن عبد اللّه عن أحمد عن أبیه عن ابن المغیره عن السکونی عن جعفر علیه السلام. . . قال المحقق الرشتی: سند روایه السکونی إلی السکونی علی ما أخبر به شیخنا دام ظله صحیح، والسکونی عامی إلا أن روایاته معمول بها عند الأصحاب، فلا شین فیها من حیث السند. قال فی الوسائل بعد روایه السکونی: « وعنه عن محمد بن عیسی عن محمد بن سنان عن طلحه بن زید عن جعفر. . .» وفی (محمد بن سنان) و (طلحه بن زید) بحث کما لا یخفی. وکیف کان، ففی الجواهر (۴۰: ۳۰۳) عن المختلف (۸: ۴۲۸) وصف الخبرین بالمشهورین المستفیضین. وسیأتی بعض الکلام حول (السکونی) و (طلحه بن زید) .

حكم إنهاء الحكم بالقول مشافهه:

قال المحقق قدّس سرّه: «وأما القول مشافهه، فهو أن يقول للآخر: حكمت بكذا أو أنفذت أو أمضيت، ففى القضاء به تردّد، نص الشيخ فى الخلاف: أنه لا يقبل» (١).

أقول: المراد من «القضاء به» هو إنفاذ الحاكم الثانى إياه، ووجه التردّد هو: أن هذا خبر واحد عن الموضوع، وفى اعتباره بحث وخلاف، ولعلّ مذهب الأكثر هو العدم ولزوم قيام البينه، ولكن يشكل فيه من جهه أن خبر الواحد عن الموضوع المحوّل إلى المخبر والذى لايعلم إلا من قبله يعتمد عليه، فلو وكلّ أحداً فى طلاق زوجته فأخبره بإجراء الصيغه اعتمد على خبره، ولو أعطى الثوب المتنجس لأن يغسله فأخبره عن تطهيره إياه اعتمد عليه، ولو أخبر الأجير فى الصّلاه عن الميت عن أنه قد صلّى كان خبره حجه (٢). . . فالقضاء من هذا القبيل، فالأظهر هو القبول.

ص:۴۶۶

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ۹۶.

٢- ٢) واستدل له بأدلّه القضاء من جهه أنها كما تدل على نفوذ إلزامات القاضى، كذلك تدل على قبول إخباراته بالقضاء، فإنه عندما يخبر عن إلزامه، يترتب عليه استمرار ما كان منه من الفصل بين المتخاصمين، فيجب أن يقبل، للملازمه العرفيه بين نفوذ الإلزام ونفوذ الإخبار بالإلزام، فيكون الدليل على الثانى نفس الدليل على الأول. وبعباره اخرى: إن إخبار الحاكم الأول بالفصل بين المتخاصمين فى القضيه يعتبر فصلاً كذلك، فإما يستمر حكم الفصل الأول وذلك إن كان صادقاً فى إخباره، وإما يكون فصلاً جديداً من جهه أنه عند إخباره قد انقدح فى ضميره عدم خصومه بين المتخاصمين ولو بقاء، فكما أنه إذا رأى عدم الخصومه حدوثاً نفذ رأيه، كذلك إذا رأى عدمها بقاءاً، فيكون إخباره بعدم الفصل بمنزله إلزامه به من حيث الكشف عن تعلق رأيه بعدم الخصومه. ولكن الإشكال فى دلاله أدله القضاء على قبول اخبارات القاضى بالقضاء كما تدل على نفوذ الزاماته، وأن الملازمه العرفيه المذكوره فيها تأمل، فتأمل. .

حکم إنهاء الحکم بالشهاده:

قال المحقق قدّس سرّه « وأمّا الشهاده، فإن شهدت البینه بالحکم، وبإشهاده إیّاهما علی حکمه تعیّن القبول» (۱).

قال فی (الجواهر) : لعلّه لعموم ما دلّ علی وجوب قبول حکمه الذی هو من حکمهم علیهم السلام، ولذا کان الرادّ علیه رادّاً علیهم، وما دلّ علی حجیه البیّنه. ثم إن المحقق قدّس سرّه ذکر أن تکون الشهاده علی الحکم وعلی الإشهاد معاً احتیاطاً، وذلک، لأن الحاضر فی مجلس الحکم قد لا یلتفت إلی ما وقع مع خصوصیاته، لکن عندما یشهد علی الأمر یصغی إلیه ویلتفت إلتفاتاً کاملاً، فتکون شهادته حینئذ أتم (۲).

وقد ذکر المحقق لما ذهب إلیه من تعیّن قبول الشهاده وجوهاً أربعه:

فالأول ما ذکره بقوله: « لأن ذلک مما تمس الحاجه إلیه، إذ احتیاج أرباب الحقوق إلی إثباتها فی البلاد المتباعده غالب، وتکلیف شهود الأصل التنقل متعذر أو متعسر، فلابدّ من وسیله إلی استیفائها مع تباعد الغرماء، ولا وسیله إلا رفع الأحکام إلی الحکّام، وأتم ذلک احتیاطاً ما حررناه.

لا یقال: یتوصّل إلی ذلک بالشهاده علی شهود الأصل.

لأنّا نقول: قد لا یساعد شهود الفرع علی التنقل والشهاده الثالثه لا تسمع» .

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۹۶.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۰: ۳۰۶.

أقول: وأيضاً الشهاده على الشهاده لا تسمع مع إمكان الشهاده على الأصل، ولذا قال بعضهم بأنه مع إمكان الشهاده على الأصل، يجوز الحكم طبق الشهاده على الشهاده، كما يجوز على نفس الشهاده على الأصل، بخلاف الشهاده على الحكم فإنها تسمع ولو مع إمكان الشهاده على الأصل.

وأيضاً: الشهاده على الشهاده لا تسمع فى الحدود، بخلاف الشهاده على الحكم فإنها حجه فيها أيضاً.

ولا تقبل الشهاده على الشهاده إلا مرةً واحده، وأما إنفاذ الحكم فيستمر باستمرار الزمان، ففيما لا تكون الشهاده على الشهاده حجه لا محيص لرفع الحوائج وفصل الخصومات إلا بإنفاذ الحكم.

وإذ لا يشترط فى الشهاده على حكم الحاكم عدم إمكان الشهاده على الأصل، فإن للحاكم الثانى استماع الشهود فى القضيه من جديد، وله أن يحكم استناداً إلى الشهاده على حكم الأول، كما أن له إجراء الحدّ استناداً إلى الشهاده على الحكم، لعدم اختصاصها بغير الحدود.

هذا توضيح ما قرّره صاحب (الجواهر) (۱)فى شرح عباره المحقق فى جواب لا يقال.

وصاحب (المسالك) قررّه بنحو آخر وهو: أن فى الشهاده على الشهاده قصوراً عن الشهاده على الحكم، لأنها لا تسمع إلا مرةً واحده، بخلاف الشهاده على الحكم، فإنها تسمع فى الثالثه. وتوضيح ذلك: إن الشهاده على الأصل هى المرتبه الاولى لإثبات المدعى، والمرتبه الثانيه هى الشهاده على الشهاده بعد تعذر

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۳۰۷.

الشـهاده على الأصل، وحجيتها، مخصوصه بتلك المرتبه، وأما الشهاده على الحكم التى هى فى المرتبه الثانيه عن شهاده الأصل، فلا تختص حجيّتها بتلك المرتبه، بل الشهاده على الشهاده على الحكم حجه أيضا، وهى المرتبه الثالثه. إنتهى.

لكن هذا فى الحكم الأول المسـتند إلى الشـهاده على الأصل، وصاحب (المسالك) لم يتعرض للشهاده على حكم الحاكم الثانى المستند إلى الشهاده على الشهاده، والمستند إلى الشهاده على الحكم المستمر باستمرار الزمان، فظهر أن كلا التقريرين صحيح.

فالجواهر نبّه على الفرق بين الشـهاده على الحكم، والشـهاده على الشـهاده، والمسالك نبّه على قصور الشـهاده على الشـهاده عن الشهاده على الحكم بمرتبه، لكن الأول مشتمل على فوائد أكثر.

قال فى (الجواهر) : إن ما ذكره صاحب المسالك فرض نادر (۱).

قلت: وليكن نادراً، فإن الشارع جعل طريقاً لفصل الخصومه فيه أيضاً من باب اللطف.

وظاهر هـذا الـوجه هـو التعليـل لثبوت الحكم، وإذ ثبت ووصـل إلى الحـاكم الثـانى وجب القبول والإنفـاذ، لأن ملاك الثبوت والقبول هو ما ذكره من التعليل المذكور.

والوجه الثانى ما ذكره بقوله: « ولأنه لو لم يشرع إنهاء الأحكام بطلت الحجج مع تطاول المدد» .

أى: الحكم بالإنفاذ موقوف على أمرين: أحدهما: قبوله الحكم، والثانى:

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۳۰۷.

كون الحكم واصلاً إليه بطريق مشروع، ولو لم يكن الوصول بالبينه مشروعاً لبطلت الحجج.

قال فی (المسالک) : لأن الحاکم یموت فیبطل حکمه (۱).

قلت: یعنی إن الحکم لا یبطل بالموت، لأنه لیس کالوکاله مثلاً، بل المراد أن الحکم یبقی بلا أثر، إذ لا طریق إلی إثباته مع عدم اعتبار البیّنه.

قال: فإن الشهود تصیر طبقه ثانیه بعده، فإذا أنفذ حکمه بشهاداتهم طال زمان نفوذ الحجه والانتفاع، وهلم جراً بالنسبه إلی الحاکم الثانی والثالث، فیستمر الانتفاع بالحجه.

أقول: یحتمل أن یکون مراده أن الشهاده علی الإنفاذ یستمر أثرها، ویحتمل أن یکون المراد هو الشهاده علی الشهاده، فیکون فی المره الثالثه بلا أثر. والظاهر هو الأول.

هذا، ولا نصّ فی مورد هذا الوجه، بل هو مقتضی عمومات أدلّه القضاء ونفوذ حکم الحاکم.

والوجه الثالث: ما ذکره بقوله: « ولأن المنع من ذلک یؤدی إلی استمرار الخصومه فی الواقعه الواحده، بأن یرافعه المحکوم علیه إلی آخر، فإن لم ینفذ الثانی ما حکم به الأول اتّصلت المنازعه» (۲).

أقول: إن الغرض من جعل الحاکم هو الفصل بین الخصومات، فلو لم ینفذ حکم الحاکم الأول من قبل الثانی لزم تفویت الغرض، ولکن تمامیّه هذا الوجه

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۱۰.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۴: ۹.

تتوقف على ثبوت حكم الأول بطريق مشروع.

والوجه الرابع ما ذكره بقوله: « ولأن الغريمين لو تصادقا أن حاكما حكم عليهما ألزمهما الحاكم ما حكم به الأول، فكذا لو قامت البيّنه، لأنها تثبت ما لو أقرّ الغريم به لزم» (١).

يعنى: إن إقرار المحكوم موجب لثبوت الحكم، وحينئذ يجب عليه ترتيب الأثر على الحكم، والبيّنه تثبت ما يثبته الإقرار.

أقول: إن الحاكم الثانى عندما يريد إنفاذ حكم الأول، لابدّ له من ثبوت الحكم عنده وثبوت وجوب الإنفاذ عليه.

وقد اشتملت هذه الوجوه الأربعه على دليل الأمرين معاً.

وقال صاحب (الجواهر) (٢)قدّس سرّه: إن هذه الأدلّه الأربعه يظهر من بعضها أنها مساقه بثلاث للإكتفاء بالشهاده فى إثبات حكم الحاكم، ومن آخر أنه مساق لإثبات مشروعيه حكم الحاكم الآخر بإنفاذ ما حكم به الأوّل، إلا أن الأولى الإستناد فى إثبات الأول إلى عموم دليل حجيّه البينه والقضاء بها، وفى الثانى إلى عموم حكم الحاكم، وأن الرادّ عليه رادّ علينا، وأن حكمه حكمهم، وما ندرى أن النزاع فى أى المقامين، لأن كلامهم مشوّش.

ويشكل عليه: بأن مقتضى الدليل عدم جواز الردّ، لا وجوب الإنفاذ.

وفيه: أن وجوب الإنفاذ هو مقتضى عمومات وجوب القضاء لفصل الخصومه.

١- ١) مسالك الأفهام ١۴: ٩.

٢- ٢) جواهر الكلام ۴٠: ٣٠٨.

دليل المنع من العمل بكتاب قاض إلى قاض وردّه:

قال المحقق قدّس سرّه: «لا يقال: فتوى الأصحاب أنه لا يجوز كتاب قاض إلى قاض ولا العمل به، وروايه طلحه بن زيد والسكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام: إن علياً عليه السلام كان لا يجيز كتاب قاض إلى قاض لا فى حدّ ولا غيره ، حتى وليت بنو أميه، فأجازوا بالبيّنات.

لأنا نجيب عن الأوّل: بمنع دعوى الإجماع على خلاف موضع النزاع، لأن المنع من العمل بكتاب قاض إلى قاض ليس منعاً من العمل بحكم الحاكم مع ثبوته.

ونحن نقول: فلا عبره عندنا بالكتاب مختوماً كان أو مفتوحاً، وإلى جواز ما ذكرنا أومأ الشيخ أبو جعفر رحمه اللّه فى الخلاف (۱).

ونجيب عن الروايه: بالطعن فى سندها، فإن طلحه بترى والسكونى عامّى، ومع تسليمها نقول بموجبها، فإنّا لا نعمل بالكتاب أصلاً، ولو شهد به فكأن الكتاب ملغى» (۲).

أقول: هذا جواب المحقق عمّا يمكن الاستدلال به لمنع العمل بكتاب قاض إلى قاض.

فالأول: الإجماع، وقد أجاب عنه بمنع قيامه على موضع النزاع، وتوضيح الجواب هو: إن الإجماع إن كان، فمعقده المنع من العمل بكتاب قاض إلى قاض آخر، لا عدم العمل بحكم الحاكم الثابت بشهاده العدلين مثلاً، لا سيما مع إشهاد

۱- ۱) كتاب الخلاف ۶: ۲۲۵، المسأله ۲۱.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۹۷.

الحاکم إیّاهما حین إصداره الحکم.

وبالجمله، فإن معقده هو المنع من العمل بالکتاب من حیث أنّه کتاب، وأمّا مع ثبوت الحکم عند الثانی فلا ریب فی وجوب إنفاذه.

والثانی: الروایتان. وقد أجاب عنهما بالطعن فی السند، قال: فإن طلحه بتری والسکونی عامی (۱).

قال: ومع تسلیمها من حیث السند نقول بموجبها، فإنا لا نعمل بالکتاب أصلاً ولو شهدا به، فکان الکتاب ملغی، بل عملنا هو بالحکم الذی قامت علیه البینه.

ومما یمکن الاستدلال به للمنع هو: إن حکم الحاکم الثانی خروج عن قانون القضاء، لأن أدله القضاء جعلت المیزان الشرعی المقرّر له فی البینه والیمین، فإذا

۱- ۱) أما طلحه بن زید ففی (تنقیح المقال ۲ / ۱۰۹) عدّه الشیخ رحمه اللّه تاره من أصحاب الباقر علیه السلام قائلاً: « طلحه بن زید بتری» . وقال فی (الفهرست ۱۴۹ / ۳۷۲) « طلحه بن زید له کتاب، وهو عامی المذهب إلا أن کتابه معتمد. . .» قال جدّنا رحمه اللّه « قد تفرد الشیخ رحمه اللّه بقوله: إن کتابه معتمد، ولم أقف علی من نطق به غیره، وذلک لا ینفع إلا فیما علم انه من کتابه، لأن النتیجه تتبع أخس المقدمات. ونقل المولی الوحید رحمه اللّه عن خاله - یعنی المجلسی الثانی - الحکم بکونه کالموثق. قال: ولعلّه لقول الشیخ رحمه اللّه کتابه معتمد، ویروی عنه صفوان بن یحیی» . وأما السکونی - وهو إسماعیل بن أبی زیاد - فموجز ما ذکر بترجمته (تنقیح المقال ۱ / ۱۲۷) أن الشیخ والنجاشی لم یتعرضا إلی مذهبه. لکن العلامه نصّ علی کونه عامیاً، بل نفی ابن إدریس الخلاف فی ذلک، ونوقش بعدم وجود عامیته فی کتب الرجال، وما ادعاه ابن إدریس لا دلیل علیه، وأنه لا یبعد کونه فی تقیه شدیده لاشتهاره بین العامه، وکونه من قضاتهم، لا سیما وأنه مذموم عندهم کما لا یخفی علی من راجع کتبهم الرجالیه. هذا بالنسبه إلی مذهبه. وأما بالنسبه إلی روایاته، فعن الشیخ دعوی إجماع الشیعه علی العمل بروایاته وأنه ثقه، ونقل عن المحقق توثیقه، وهو من رجال کامل الزیارات، لکن عن ابن بابویه: لا أفتی بما ینفرد السکونی بروایته، وللمتأخرین حول الرجل کلمات وآراء فراجعها.

حكم هذا الحاكم كان حكمه لا عن طريق البينه واليمين.

والجواب عنه: إن المراد من حكم الثانى ليس إنشاء الحكم بأصل الدعوى، كالحكم بملكيه زيد للدار أو زوجيه هند له، بل الغرض حكمه بوجوب اتباع حكم الحاكم الأول، وهذا فى الحقيقه إقرار وإثبات لحكم الأول وإنفاذ له، والظاهر اتفاق الأصحاب على وجوب إنفاذ حكم الفقيه الجامع لشرائط الفتوى على الفقهاء الآخرين.

لا يعتبر الإشهاد فى هذه الشهاده:

ثم هل يعتبر فى هذه الشهاده أن تكون مع إشهاد الحاكم للشاهدين على حكمه مطلقاً، أو مع حضورهما مجلس الحكم وسماعهما لفظ الحاكم؟

الظاهر: عدم اعتبار شيء من ذلك، فإن مقتضى إطلاق أدلّه حجّيه البيّنه سماع هذه الشهاده، ولا يعتبر فى قبولها الإشهاد، ولا حضور المجلس مطلقاً.

على أنا لا نجد فرقاً بين هذه الشهاده وغيرها، ودعوى عدم الخلاف فى اعتبار الإشهاد فى هذا المقام كما عن صاحب (الرياض) (۱)قدّس سرّه كما ترى، نعم، ينبغى قيام الحاكم بالإشهاد احتياطاً كما ذكر المحقق قدّس سرّه.

قصر العمل بالكتاب على حقوق الناس:

قال المحقق: « إذا عرفت هذا، فالعمل بذلك مقصور على حقوق الناس دون

ص:۴۷۴

۱- ۱) رياض المسائل ۱۵: ۱۳۶.

الحدود وغيرها من حقوق اللّه» (۱).

أقول: وعلى هـذا، فلو أراد الحاكم الثانى الحكم بالحدّ توقّف على ثبوت موجبه عنده، بحسب الموازين الشـرعيه المقرره للثبوت بالنسبه إلى كلّ موجب للحدّ، ولا يكفى ثبوته عند الحاكم الأول لأن يحكم به، نعم له إجراء الحدّ بعنوان تنفيذ حكم الأوّل، فإن للحاكم الأول إجراء الحدّ بنفسه أو يأمر غيره به مجتهداً كان المأمور أو مقلداً.

ودليل هذا القصر هو الإجماع، وقوله عليه السلام: « الحدود تدرأ بالشبهات» .

وقد أشكل على الاستدلال بالخبر المذكور بأنه لا شبهه مع قيام البينه المعتبره، فلا يدرء الحد.

ويمكن دفعه: بأن البينه قامت عنـد الحاكم الأول، وقيامها تقتضـى إلغاءه الشك والشـبهه، وأما الحاكم الثانى فلم تقم عنده البينه، فالشبهه باقيه بالنسبه إليه، فليس له الحكم.

ما ينهى إلى الحاكم:

قـال المحقق قـدّس سرّه: « وما ينهى إلى الحاكم أمران: أحـدهما: حكم وقع بين المتخاصـمين. والثانى: إثبات دعوى مـدع على غائب.

أما الأول: فإن حضـر شاهدا الإنهاء خصومه الخصـمين وسـمعا ما حكم به الحاكم وأشهدهما على حكمه، ثم شهدا بالحكم عند الآخر، ثبت بشهادتهما حكم

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۹۷.

ذلك الحاكم وأنفذ ما ثبت عنده، لا أنه يحكم بصحه الحكم فی نفس الأمر، إذ لا علم له بذلك، بل الفائده فيه قطع خصومه الخصمين لو عاودا المنازعه فی تلك الواقعه.

وإن لم يحضرا الخصومه، فحكی لهما الواقعه وصوره الحكم، سمّی المتحاكمين بأسمائهما وآبائهما وصفاتهما وأشهدهما علی الحكم، ففيه تردد، والقبول أولی، لأن حكمه كما كان ماضياً كان إخباره ماضياً» (۱).

أقول: إن الذی ينهيه الحاكم الأول بالكتاب إلی الحاكم الثانی أمران:

أحدهما: الحكم الذی حكم به بين المتخاصمين، فإن حضر شاهدا الإنهاء مجلس التخاصم وسمعا ما حكم به الحاكم فی الواقعه، بل وأشهدهما علی حكمه، ثم جاءا فشهدا بحكم الحاكم الأول عند الثانی، فإنه يثبت بذلك حكم ذلك الحاكم، وعلی الثانی إنفاذه وفصل الخصومه المتجدده بين الخصمين فی نفس تلك الواقعه، وليس له الحكم بصحّه حكم الأول فی الواقع، لأنه لا علم له بذلك، وقد نهی الشارع عن القول بلا علم.

وإن لم يحضر شاهدا الإنهاء مجلس التخاصم، بل حكی الحاكم الأول لهما الواقعه، شارحاً صورهالنزاع وحضور المتنازعين عنده وصوره حكمه، وذكر المتحاكمين بأسمائهما وأسماء آبائهما وصفاتهما المشخصه، وأشهد الشاهدين علی حكمه، ففی ثبوت الحكم بشهادتهما عند الحاكم الثانی تردّد عند المحقق قدّس سرّه، لكن قال « والقبول أولی» قال فی (الجواهر) : « وفاقاً للأكثر، بل لم أجد فيه خلافاً، سوی ما يحكی عن الشيخ فی الخلاف، بل قيل: إن ظاهره دعوی الاجماع

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۹۷ - ۹۸.

علیه، إلا أنی لم أجد من وافقه علیه سوی بعض متأخری المتأخرین، بناء منهم علی أن الأصل یقتضی عدم جواز الإنفاذ فی غیر صوره القطع، لأنه قول بغیر علم، خرج ما خرج وبقی ما بقی» (۱).

وقد رجّح المحقق هنا القبول بعد التردد (۲)- بخلاف مسأله الإنهاء بالقول مشافهه حیث تردد فیها بلا ترجیح، حیث قال: « وأما القول مشافهه فهو أن یقول للآخر: حکمت بکذا أو أنفذت أو أمضیت، ففی القضاء به تردد، نصّ الشیخ فی الخلاف أنه لا یقبل» وهو کذلک، لما ذکرنا سابقاً من حجیه قوله فیما هو مرجوع إلیه ومحوّل علیه ولا یعرف إلا من قبله، فإذا أخبر بأنی قد حکمت بکذا وأشهد الشاهدین علی ذلک، کان إخباره حجه کما لو سمعا بأنفسهما الحکم منه، وکما یلغی احتمال عدم قصده للحکم بالنسبه إلی الإنشاء المسموع منه، فکذلک یلغی احتمال الخلاف بالنسبه إلی إخباره عن ثبوت حکمه، وبذلک ینقطع الأصل الذی تمسّک به المانعون.

قال المحقق: « وأما الثانی - وهو إثبات دعوی المدّعی - فإن حضر الشاهدان الدعوی وإقامه الشهاده والحکم بما شهدا به، وأشهدهما علی نفسه بالحکم وشهدا بذلک عند الآخر، قبلها وأنفذ الحکم، ولو لم یحضرا الواقعه وأشهدهما بما صورته: إن فلان ابن فلان الفلانی، ادّعی علی فلان ابن فلان الفلانی کذا، وشهد له بدعواه فلان وفلان، ویذکر عدالتهما أو تزکیتهما، فحکمت أو أمضیت، ففی الحکم به تردّد، مع أن القبول أرجح، خصوصاً مع إحضار الکتاب المتضمن للدعوی وشهاده

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۳۱۴.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۹۶.

الشهود» (۱).

أقول: هذا هو الأمر الثانی، وهو أيضاً على قسمين:

فالأول: أن يحضر الشاهدان مجلس الحكم على الغائب ويشهدهما الحاكم عليه، فإذا شهدا بذلك عند الحاكم الثانی ثبت الحكم، وكان على الثانی إنفاذه.

والثاني: أن لا يحضر الشاهدان الدعوى بل يخبرهما الحاكم الأول بها وبحكمه فی الواقعه، مع ذكر اسم المدّعی والمدّعی عليه وتعريفهما، كأن يخبرهما ويشهدهما بما صورته: إن فلان بن فلان الفلانی ادّعى على فلان ابن فلان الفلانی كذا، وشهد له بدعواه شاهدان عادلان وهما فلان وفلان، فحكمت وأمضيت، فهل يقبل الحاكم الثانی هذه الشهاده ويحكم بذلك؟ تردّد فيه المحقق، ثم رجّح القبول على نحو ما عرفته فی المسأله السابقه، خصوصاً مع إحضار الكتاب المتضمّن للدعوى وشهاده الشهود، لكن لما كان الغائب على حجّته إذا قدم، فإنه ينبغی ضبط أسماء الشهود ليتمكن من الجرح ونحوه، وكذا غير ذلك مما له مدخليه فی بقاء الخصم الغائب على حجّته.

هذا كلّه فی الحكم.

حكم إنفاذ الثبوت لو أخبر الأول به:

قال المحقق قدّس سرّه: « أما لو أخبر حاكماً آخر بأنه ثبت عنده كذا، لم يحكم به الثانی، وليس كذلك لو قال « حكمت» فإن فيه تردّداً» (۲).

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۹۸.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۹۸.

أقول: وأما لو أخبر الحاكم الأول الثانى بثبوت الدعوى عنده، أو قال بعد سماع الدعوى وشهاده الشاهدين « ثبت عندى كذا» فلا يجوز للثانى أن يحكم به أو يقول « ثبت عندى كذا» ، لعدم الثبوت عنده، ولا أن يقول: « أنفذت حكمه» لأن الثبوت ليس حكماً كى يندرج فى أدلّه الإنفاذ.

وبالجمله، فإن موضوع وجوب الإنفاذ هو « الحكم» لا « الثبوت» .

قال عليه السلام: « فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فإنما استخفّ بحكم اللّه وعلينا ردّ، والرادّ علينا الراد على اللّه، وهو على حدّ الشرك باللّه» (١).

أللهم إلا إذا حصل الإطمينان بثبوت الأمر عند الحاكم أو الحّكام الآخرين وسائر الناس، ولذا كان عيد الفطر يثبت فى أيام شيخنا الاستاذ (٢)بقوله: « ثبت عندى» . وكان رحمه اللّه لا يحكم، لأنه لم يكن يرى – تبعاً لبعض مشايخه – ولايه للحاكم فى مثل ذلك.

ثم إنه قد ذهب بعض الأصحاب – على ما حكاه فى (المسالك) (٣)- إلى اختصاص الحكم بما إذا كان بين الحاكمين وساطه وهم الشهود على حكم الأول، فلو كان الحاكمان مجتمعين وأشهد أحدهما الآخر على ذلك لم يصح إنفاذه، لأن هذا ليس من محل الضروره المسوّغه للإنفاذ المخالف للأصل.

وأجاب عنه فى (الجواهر) (۴)بأن ذلك ليس قولاً لأحد من أصحابنا، ولم نعرف أحداً حكاه غيره، وبأن الضروره المذكوره فى الدليل إنما هى حكمه أصل

١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ١/١٣۶. أبواب صفات القاضى، الباب ١١.

٢- ٢) آيه اللّه العظمى الشيخ عبد الكريم اليزدى قدّس سرّه مؤسّس الحوزه العلميه.

٣- ٣) مسالك الأفهام ١۴: ١۵.

۴- ۴) جواهر الكلام ۴٠: ٣١۶.

المشروعيه للإنفاذ، لا أنها علّه يدور الحكم مدارها وجوداً وعدماً، وبأن الضروره قد تتحقق فيه لقطع الخصومه مع عدم الكون فی البلاد المتباعده من الحاكم الأول.

حقيقه الإنفاذ

هذا، وليس « الإنفاذ» إرشاداً إلى العمل بحكم الحاكم الأول فقط، كما هو الشأن فی عمل نقله فتاوی الفقهاء وإرشادهم العوام إلى العمل بفتاوی مقلّديهم، بل إن المراد من الإنفاذ حكم الثانی بوجوب إطاعه حكم الأول ولزوم تطبيقه حتی ينقطع النزاع، بغض النظر عن صحته وسقمه، فله أن يقول: يجب امتثال الحكم بكون المال لزيد وإن كنت لا أعلم بصحه هذا الحكم. هذا ما تفيده ظواهر كلمات القوم، والدليل عليه قوله عليه السلام: « فإذا حكم. . .» .

وليس من باب الأمر بالمعروف والنهی عن المنكر، ولذا يكون فاصلاً للخصومه، ولو كان من ذلك الباب لما كان كذلك.

لكن يمكن أن يقال: بأن للحاكم الثانی أن يجعل حكم الأول حجّه فی الحكم كما يحكم استناداً إلی البيّنه مثلًا، فله أن يحكم فی أصل القضيه حكماً من عنده استناداً إلى نظر الأول فی الواقعه وحكمه فيها، ولا ينافيه ظاهر الحصر فی قوله صلّی اللّه عليه وآله وسلّم. « إنما أقضی بينكم بالبيّنات والأيمان» (۱)، لجواز حمله علی الحصر الإضافی، وقد أجاز ذلك المحقق النراقی (۲)، ومنعه المشهور

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۳۲/۱. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۲.

۲- ۲) مستند الشيعه ۱۷: ۱۰۲.

مستدّلين بـأن هـذا الحكم قول بغير علم، إذ المفروض عـدم علمه بكون المـال لزيـد مثلاًـ وبـأن المفروض جهله بملاك حكم الأول، فمن الجائز أنه لو علم به لخالفه، وعلى هذا فليس له الحكم به، كما لا يجوز له الحكم بصحته أو موافقته للواقع.

واستدل النراقى بأن حكم الحاكم الأول حكم اللّه فى الواقعه، لأدلّه حجيه حكم الحاكم، فهو حجّه، وحينئذ، فكما يجوز للحاكم الثانى الإستناد إلى البيّنه واليمين ونحوهما من الحجج، كذلك له أن يستند إلى هذه الحجّه، فيحكم على طبق حكم الأول حكماً مستقلّاً، كما له أن ينفذه.

والأـقوى مـا ذهب إليه، إلاـ أن يكون إجمـاع على خلافه، لكن الأحوط فى المقام هو إنفاذ حكم الأول وعـدم الحكم بنفسه فى الواقعه.

صوره الإنهاء:

قال المحقق قدّس سرّه: « وصوره الإنهاء: أن يقص الشاهدان ما شاهداه من الواقعه، وما سمعاه من لفظ الحاكم، ويقولا: وأشهدنا على نفسه أنه حكم بـذلك وأمضاه، ولو أحالا على الكتاب بعـد قراءته وقالا: أشـهدنا الحاكم فلان على نفسه أنه حكم بـذلك، جاز» (١).

أقول: أى إن تحقق الإنهاء يكون بشرح الشاهدين كلّ ما شاهداه من الواقعه فى مجلس الحكم، من حضور المتخاصمين ودعوى المـدّعى وإنكار المدّعى عليه ثم إقامه الأول البيّنه على دعواه، ثم بحكايه لفظ الحكم الذى أصدره الحاكم والتصـريح بإشـهاده إيّاهما على حكمه.

ص:۴۸۱

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ٩٨.

ويقوم مقام هذا كلّه إحالتهما الحاكم الثانى على الكتاب الذى كتبه الحاكم الأول بالواقعه بعد قراءته وأن يقولا: أشهدنا الحاكم أنه حكم بذلك.

قال المحقق: « ولابدّ من ضبط الشيء المشهود به بما يرفع الجهاله عنه، ولو أشتبه على الثانى أوقف الحكم حتى يوضّحه المدّعى» (١).

أقول: هذا من شرائط الإنهاء بالشهاده، فلابدّ من أن يكون الأمر الذى يشهدان به مضبوطاً من الشاهدين معيناً بجميع جهاته وشئونه بحيث ترتفع الجهاله عنه، فلو كان مورد الدعوى غصب مال مثلاً ـ وأرادا الشهاده بذلك، لزم أن يكونا عالمين بخصوصيات الواقعه، من زمان الغصب ومكانه وغير ذلك بحيث ترتفع الجهاله، وإلا لم يسمع الثانى شهادتهما، بل يجب عليه إيقاف الحكم إلى أن يتضح الأمر و يرتفع الإشتباه.

ولا خصوصيّه لتوضيح المدّعى – وإن قال المحقق: « حتى يوضّحه المدّعى» (٢)- بل يكفى وضوحه من أينما كان، نعم، بما أن المدّعى هو الذى يدّعى شيئاً ويطلب من الحاكم النظر فى دعواه، فهو المخاطب بإثبات ما يدّعيه بطريق شرعى، كشهاده غير الأولين على تفصيله أو تذكرهما أو نحو ذلك.

وهل يعتبر فى الإنهاء كونه إلى قاض معين أو يكفى توجّه الكتاب إلى مطلق القضاه؟ حكى الأول عن بعض العامه، وفيه: إنه لا وجه لهذا التقييد، بل إن البينه حجه وإن لم يكن معها كتاب مطلقاً، فلا يختص الإنفاذ بالمكتوب إليه.

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ٩٩.

٢- ٢) شرائع الإسلام ۴: ٩٩.

حکم ما لو تغیّر حال الحاکم الأول:

قال المحقق: ولو تغیّر حال الأول بموت أو عزل، لم یقدح ذلک فی العمل بحکمه، وإن تغیر بفسق لم یعمل بحکمه، ویقرّ ما سبق إنفاذه علی زمان فسقه (1).

أقول: لا ریب فی نفوذ حکم الحاکم الجامع للشرائط والصفات المذکوره فی أول کتاب القضاء، ویعتبر کونه علی تلک الصفات فی حین إصداره الحکم، فلو تغیّر حال الحاکم بموت أو عزل عن القضاء أو جنون أو عمی - بناءاً علی اشتراط البصر - أو غیر ذلک، لم یقدح ذلک فی العمل بحکمه ووجوب إنفاذه علی الحاکم الثانی، وقد استثنی المحقق تبعاً للمشهور من ذلک الإسلام والعداله، وأنه یشترط بقاؤه علی ذلک بعد الحکم کذلک، فلو تغیر حاله بکفر أو فسق لم یعمل بحکمه - ولیس الأمر کذلک فی سائر الامور المشروطه بالعداله، کإمامه الجماعه والشهاده بالطلاق ونحوهما - وکذا لو تغیّر حاله بعد الحکم وقبل العمل.

أما إذا تغیّر حاله بعد العمل بحکمه، فلا ریب فی عدم بطلان الحکم بذلک.

وهذا الذی ذکره جار فی مورد فتوی المجتهد أیضاً، فلو أفتی بفتوی فمات، لم یقدح ذلک فی العمل بفتواه، نعم فی (الجواهر) : « الظاهر الإجماع علی عدم جواز العمل ابتداءاً بفتاوی الأموات» (2)وأما إذا کان قد قلّده ثم مات المجتهد، فقد أفتوا بجواز البقاء علی تقلیده.

وهذا بخلاف ما إذا تغیّر حاله بفسق أو جنون، نعم، العمل الذی أتی به علی

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۹۹.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۰: ۳۲۰.

طبق فتواه قبل التغير صحيح بلا كلام، ویقرّ ما وقع بحسب فتواه من بیع أو نكاح أو ما شابه ذلک علی ما كان علیه.

وقد استدلّ لما ذكره المحقق قدّس سرّه بأمرین:

أحدهما: إن ظهور الفسق یشعر بالخبث الباطنی وقیام الفسق یوم الحكم.

والثانی: إنه یصح أن یقال بعد فسقه بأنه حكم فاسق فعلًا، فلا یجوز العمل به وإنفاذه.

لكن كلا الأمرین واضح الضعف، ولا یقاومان إطلاقات الأدلّه، ومن هنا ذهب جماعه كالأردبیلی (۱)والنراقی (۲)إلی عدم الفرق بین الفسق والموت، أخذاً بإطلاقات أدله حجّیه حكم الحاكم، إلا أن ذهاب المشهور إلی ما ذكره المحقق، بل دعوی بعضهم عدم الخلاف فیه، یمنعنا من الجزم بعدم الفرق.

وربما یؤید المشهور بما ذهب إلیه بعض الأصحاب من الفرق بین الفسق وغیره من الموانع فی بعض الموارد.

فمن ذلک: ما لو تغیّر حال الشاهدین بعد أداء الشهاده وقبل الحكم طبق شهادتهما بموت أو جنون مثلًا، لم یقدح ذلک فی قبول الشهاده وترتّب الأثر علیها، بخلاف ما لو تغیّر بفسق فلا تعتبر.

ومن ذلک أیضاً: ما لو تغیر حال شاهدی الأصل قبل الحكم بشهاده شاهدی الفرع، فإنه یمنع عن الحكم إن كان التغیر بفسق، ولا یمنع إن كان بغیره.

ویؤیده أیضا: جواز البقاء علی تقلید المجتهد المیت دون الفاسق.

۱- ۱) مجمع الفائده والبرهان ۱۲: ۲۱۶.

۲- ۲) مستند الشیعه ۱۷: ۱۰۲.

ولو وصلت النوبه إلى الأصل، فالأصل هو عدم جواز العمل والإنفاذ.

هذا كلّه بالنسبه إلى تغيّر حال الحاكم الأول الكاتب للكتاب.

لا أثر لتغير حال المكتوب إليه

قال المحقق: « ولا أثر لتغيّر حال المكتوب إليه فى الكتاب، بل كلّ من قامت عنده البينه بأن الأول حكم به وأشهدهم على ذلك عمل بها، إذ اللازم لكلّ حاكم إنفاذ ما حكم به غيره من الحكّام» (۱).

أقول: إن أنفذ الحاكم الثانى الحكم ثم تغيّر حاله بموت أو جنون أو غيرهما، لم يقدح ذلك فى إنفاذه، وإن تغيّر بفسق لم يعمل بحكمه بالإنفاذ، على المشهور، ومن المعلوم أن ذلك لا يقدح فى حكم الحاكم الأول، بل كلّ من قامت عنده البينه من الحكّام بأن الحاكم الأول قد حكم به وأشهدهم على ذلك، عمل بها، لعموم دليل حجيتها، إذ اللازم لكلّ حاكم إنفاذ ما حكم به غيره من الحكّام، لأن حكمه حكم الأئمه عليهم السلام.

وهكذا يجب على الناس العمل بذلك الحكم، وإن كان المخاطب بالكتاب حاكماً معيّناً بمفرده.

ص:۴۸۵

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۹۹.

مسائل ثلاث

المسأله الاولی: (حکم ما لو أقر المحکوم علیه أو أنکر)

قال المحقق: « إذا أقرّ المحکوم علیه وأنه هو المشـهود علیه أُلزم، ولو أنکر وکانت الشـهاده بوصف یحتمل الإتفاق غالباً، فالقول قوله مع یمینه ما لم یقم المدّعی بینه، وإن کان الوصف ممّا یتعذّر اتفاقه إلا نادراً لم یلتفت إلی إنکاره، لأنه خلاف الظاهر» (۱).

أقول: لما قامت الشـهاده، فإما یقرّ المحکوم علیه وأنه هو المشهود علیه، فیلزمه الحاکم بأداء ما علیه بلا إشکال، وبلا خلاف کما فی (الجواهر) (۲).

وإما ینکر، وحینئذ، فإن کانت الشـهاده بوصف یحتمل الاتفاق علیه وعلی غیره - کما لو جاء فی الشـهاده علی الحکم بأن محمد بن أحمـد مدین لفلان کذا، فإنه یحتمل الإتفاق علی هذا الشـخص وعلی غیره بکثره - سـمع قوله مع یمینه، إلا إذا أقام المدّعی بیّنه علی أن هذا هو المقصود.

وعن بعضهم: بطلان أصل الحکم علی عنوان مشترک، کما فی المثال المذکور.

ص:۴۸۶

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۹۹.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۰: ۳۲۲.

وإن كانت الشهاده بوصف يتعذر اتفاقه إلا نادراً - كما إذا قالت بأن فلان ابن فلان صاحب الصفه الكذائيه والمهنه الفلانيه - لم يلتفت إلى إنكاره الحكم عليه، بلاخلاف بين من تعرّض لذلك كما في (الجواهر) ، وذلك لأنه خلاف الظاهر.

هـذا، وفي المسأله تفصـيل، لأنه إذا أنكر كونه المحكوم عليه، فتاره: يدّعى المدّعى كونه هو على التعيين، وحينئذ، ليس للحاكم الثانى إنفاذ حكم الأول في حق هذا الشخص، بل تجرى أحكام المدعى والمنكر. وأخرى: يتردّد المدّعى بين هذا وشخص آخر يشترك معه في الاـسم والوصف، فـإن كـان هـذا التردّد من المـدّعى من أول الأـمر، كـان المورد من فروع مسأله الـدعوى على المردد، كـدعوى وليّ المقتول بـأن أحـد هـذين قاتل أبى، وفى صـحه هـذه الـدعوى بحث وخلاف، وبناء على صـحّتها، يطالب المدّعى بالبينه، ومع عدمها يحلف الرجلان إن كانا حاضرين أو الحاضر منهما، ومع الامتناع تردّ اليمين على المدعى.

ولو شـهد الشاهـدان على معين، وحكم الحاكم عليه بأداء الحق ثم اشـتبه، فلا ريب في صـحه الحكم، فإن وقع الإشـتباه من عـدم ذكر الحاكم الأول للأوصاف والمشخصات بالتفصيل، جاء ما ذكره المحقق من أنه إن كانت الشهاده بوصف يحتمل الاتفاق. . . بخلاف ما لو كان الوصف مما يتعـذّر اتّفاقه إلا نادراً وقـد ذكره الحاكم الأول بالتفصـيل، فإنه لا يلتفت إلى إنكاره، لأنه خلاف الظاهر، وإن كان سماع دعواه انطباق الاسم والوصف فعلاً على غيره غير بعيد.

قـال المحقق: « ولو ادّعى أن في البلـد مساويـاً له في الاـسم والنسب، كلّف إبـانته في إثبـاته، فـإن كـان المسـاوى حيّاً سـئل، فإن اعترف أنه الغريم اُلزم واُطلق الأول، وإن أنكر وقف الحكم حتى يتبيّن» (١).

ص:٤٨٧

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ٩٩.

أقول: وقوف الحكم بمجّرد دعوى أن المحكوم عليه شخص آخر غيره - مع إنكار ذلك الشخص - في غايه الإشكال، أللهم إلا أن يقال بأن الدعوى كانت على كلّي المسمّى بهذا الاسم وقد صدر الحكم عليه كذلك، ثم اشتبه المصداق الحقيقي بغيره، لكن صحّه الدّعوى على الكلّي المردّد محلّ خلاف. هذا كلّه مع كونه حيّاً.

قال المحقق: « وإن كان المساوى ميّتاً وهناك دلاله تشهد بالبراءه، إمّا لأن الغريم لم يعاصر، وإما لأن تاريخ الحق متأخر عن موته، أُلزم الأول وإن احتمل وقف الحكم حتى يتبيّن» (1).

أقول: وهذا أيضاً مشكل، بعد كون المدّعي قد خصّ هذا الشخص في الدعوى، وأُقيمت عليه الشهاده وصدر الحكم.

وقد فصّل بعضهم بين ما إذا ذكر الاسم والوصف، وكان الوصف محتملاً للاتفاق فيه مع غيره من أول الأمر، وبين ما إذا كان متعذراً اتّفاقه من أول الأمر ثم اتفق بعد ذلك، فحكم بالبطلان في الأول دون الثاني.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۹۹.

المسأله الثانيه: (حكم امتناع المشهود عليه من التسليم حتى يشهد القابض)

قال المحقق: « للمشهود عليه أن يمتنع من التسليم حتى يشهد القابض، ولو لم يكن عليه بالحق شاهد قيل: لا يلزم الإشهاد، ولو قيل: يلزم كان حسناً. . .» (۱).

أقول: هذا لئلّا يطالبه ذو الحق به مرّه أخرى، والدليل على هذا الحكم: قاعده لا ضرر ولا ضرار، هذا إذا كان مع صاحب الحق ما يثبت حقّه، وأما مع عدمه وعلم المحكوم عليه بالحق فيما بينه وبين اللّه، فلا كلام فى وجوب أداء الحق بالمطالبه، إذ ليس مع ذى الحق ما يخاف مراجعته به مره أخرى، ولو قيل: يلزم الإشهاد كان حسناً، حسماً لمادّه المنازعه أو كراههً لتوجّه اليمين.

هذا، ولكن فى الحكم بجواز الامتناع من التسليم إلا مع الإشهاد نظر، لأن أداء حق الناس واجب، والمماطله غير جايزه، غايه الأمر، إنه لو حدث نزاع بعد ذلك، ترافعا إلى الحاكم وارتفع بالموازين الشرعيه، فمجرد احتمال حدوث النزاع مره أخرى لا يجوّز تأخير أداء حق الناس، ففيما ذكروه تردّد، واللّه العالم.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۹۹ - ۱۰۰.

المسأله الثالثه: (عدم وجوب دفع الحجه علی المدعی)

قال المحقق: « لا یجب علی المدعی دفع الحجه مع الوفاء. . . وکذا القول فی البائع. . .» (۱).

أقول: دلیل عـدم الوجوب: کون الحجه ملکاً له، وقـد قال رسول اللّه صـلّی اللّه علیه وآله وسـلّم: « الناس مسلّطون علی أموالهم» (۲)ولأنها حجه له لو خرج المقبوض أو المبیع مستحقاً.

ص:۴۹۰

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۰.

۲- ۲) عوالی اللئالی ۱: ۲۲۲/۹۹. وعنه بحار الأنوار ۲: ۲۷۲/۷.

الكلام فی: بعض أحكام القسمه

اشاره

« القسـمه» معامله مسـتقله لها أحكامها الخاصّه، وقد تعرّض الأصحاب قدّست أسرارهم لها فی كتاب الشركه، وذكروا بعضها فی كتـاب القضـاء من جهه اسـتحباب أن یكون للحـاكم قـاسم یقسم الأـموال المشـتركه بین الشـركاء، لتوقف فصـل الخصومه علی القسمه فی كثیر من الأحیان.

مشروعیّه القسمه:

ومشـروعیه القسـمه بأن تكون معامله كالمعاملات الاخری ثابته بالكتاب والسنّه، ففی القرآن الكریم: «Bوَ إِذٰا حَضَرَ اَلْقِسْمَهَ أُولُوا اَلْقُرْبیٰ وَ اَلْیَتٰامیٰ وَ اَلْمَسٰاكِینُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ» (۱)إذ المستفاد من هذه الآیه المباركه إمكان تمییز السهام بعضها عن بعض بالقسمه، من دون حـاجه إلی أن یـبیع بعض الشـركاء سـهمه من بعض لتحقق الفرز وتعیین الحصـص فی المـال، فالآـیه ظـاهره فی تشـریع القسمه، لأن تكون طریقاً للوصول إلی هذا الغرض وإلا قال – مثلًا -: وإذا حضر البیع أو الصلح. . .

وذكروا أیضـاً قوله عز وجل: «Bوَ نَبِّئْهُمْ أَنَّ اَلْمٰاءَ قِسْـمَهٌ بَیْنَهُمْ» (۲)ولكن فی دلالتها علی تشـریع القسـمه نظر، لأن الماء كان لهم خاصه ولم یكن مشتركاً، وقد

۱- ۱) سوره النساء ۴: ۸.

۲- ۲) سوره القمر ۵۴: ۲۸.

أمر سبحانه بجعل قسم من الماء للناقه.

ومن السنّه: ما روى من أن « عبد اللّه بن يحيى» كان قسّاماً لأمير المؤمنين (۱)وقد قسّم رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم خيبر على ثمانيه عشر سهماً (۲)، وقال صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: « الشفعه فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعه» (۳). قال فى (الجواهر) : « وغير ذلك من النصوص، وإجماعاً بقسميه، بل ضروره» (۴).

ثم إن القسمه تاره: تكون بإفراز الحصص بعضها عن بعض، واخرى: تكون قسمه مهاياه، بمعنى تقسيم الإنتفاع من الشىء المشترك بحسب الأزمنه، كالدابّه المشتركه بين اثنين يستعملها هذا يوماً وذاك يوماً.

حقيقه القسمه:

ثم، إنه تاره يختلط مال اثنين بعضه ببعض، كأن يختلط شياه هذا بشياه ذاك فهنا قولان:

أحدهما: إنهما يشتركان فى المجموع بنحو الإشاعه، كما هو الحال فيما إذا ورث الأخوان هذا المجموع معاً. والثانى: إن كلّاً منهما يملك حقّه ومملوكه الواقعى فقط، وإذ لا طريق إلى التميز فلابدّ من التراضى بينهما بالتقسيم، بأن تنتقل عين مال كلّ واحد إلى الآخر فى مقابل عين ماله، فيكون فى الواقع تبديلاً.

۱- ۱) سنذكر ترجمه هذا الرجل قريباً.

۲- ۲) المبسوط فى فقه الاماميّه ۸: ۱۳۳.

۳- ۳) سنن البيهقى ۶: ۱۰۲.

۴- ۴) جواهر الكلام ۴۰: ۳۲۶.

وتـاره أخرى: يكون الإختلاـط بين المـالين موجباً لاشتراكهمـا بالإشـاعه عنـد العرف، كـأن تختلط حنطه هـذا بحنطه ذاك، فلا يصـدق حينئـذ التبـديل، بـل يقـال هنـا بـالتميز والإفراز والتعيين، والمراد جعل المال الـذى يشترك الاثنان فى تملّكه مفرزاً إلى ملكين يختص كلّ واحد منهما بواحد.

قال المحقق قدّس سرّه فى كتاب الشركه: وهى تمييز الحق من غيره (۱)، وكذا قال فى (المسالک) (۲)و (الجواهر) (۳)بل نسب إلى المعروف بين الأصحاب، وعليه السيد صاحب (الوسيله) (۴)والأولى التعبير بالتعيين وفاقاً للسيد صاحب (العروه) حيث قال: والأولى التعبير بالتعيين، لأن الظاهر من التمييز أن يكون له واقع معيّن وليس كذلک (۵)(۶).

نعم، فى مثال الشياه على الوجه الثانى يصح التعبير بالتمييز.

فالأـولى التعبير هنـا بالتعيين، لعـدم تعين حق كلّ من الشـريكين خارجاً، إذ المفروض أنهما يشتركان فى كلّ جزء جزء من المال حتى يصل إلى الجزء الذى لا يتجزء فيقسم هناک تقسيماً عقلياً، فالمراد من القسمه تعيين مصداق الكلّى.

وأما احتمال أن تكون القسمه تعيين ما يملكه كلّ واحد من الشريكين خارجاً، بمعنى أن كلّ مال من الأموال المملوكه هو ملک لكليهما، فيكون أحدهما

۱- ۱) شرائع الإسلام ۲: ۱۳۲.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۴: ۳۱۸.

۳- ۳) جواهر الكلام ۲۶: ۳۰۹.

۴- ۴) وسيله النجاه: ۲۶۲.

۵- ۵) العروه الوثقى ۲: ۲۱۸.

۶- ۶) قـال السـيد الاسـتاذ دام ظله فى حاشـيه الوسـيله: « فالمناسب فى تعريفها أن يقال: القسـمه هى نقل سـهم كلّ شـريک من الحصه التى بيد شريكه بأزاء سهم شريكه فى الحصه التى بيده» .

مالکاً للنصف الثانی من المال الذی بیده بأزاء تملیکه النصف الآخر من المال الذی بید شریکه، فتکون القسمه فی الحقیقه بیعاً، لأنها - علی هذا - تبدیل الأموال بعضها ببعض بحسب السهام، لکن الشریکین ینشآن القسمه ولا نظر لهما إلی المبادله والمعاوضه الواقعه.

فیضعّفه: إنه إن کان المراد من النصف هو النصف المردّد، فإن المردّد لا وجود له فی الخارج، وإن کان المراد منه النصف المعیّن، فهذا خلف للفرض، ولو کان کذلک لم یکن حاجه إلی التقسیم، فیرجع الأمر إلی الکلّی ویکون من قبیل تعیین الکلّی فی المصداق، نظیر تملیک الکلّی فی المعین کالصاع من الصبره، إذ یتعین کلّی الصاع بالصّاع الذی یدفعه، وإن کان بین الموردین فرق من جهه أخری، وذلک أنه مع تلف شیء من المال المشترک یکون التلف من کلیهما، بخلاف ما لو تلف من الصبره مقدار، فإنه من مالکه، حتی إذا بقی منها صاع واحد کان لمستحقه ولم یشارکه صاحب الصبره.

وأما احتمال أن یکون المملوک لکلّ واحد من الشریکین هو الأحد اللّابعینه بناءاً علی أن الملکیه أمر اعتباری، فیجوز أن یباع الواحد المردّد لأنه قابل للتملّک کما یقبل الکلّی ذلک، نظیر بیع ثمره الشجره قبل وجودها، فیکون التقسیم فی حقیقته إخراج کلّ فرد من حال عدم التعیّن إلی التعیین.

ففیه: ما تقدم من أن الواحد المردد لا وجود له ولا حقیقه، والملکیه وإن کانت أمراً اعتباریاً، لکن یشترط فی متعلّقها أن یکون أمراً قابلًا للوجود فی الخارج.

والتحقیق هو النظر فی حقیقه الشرکه، وبذلک یتضح معنی القسمه، والحاصل: إن التقسیم هو التعیین، لأن معنی الشرکه هو تملّک کلٍ من الشریکین

للنصف مثلاً ـ من المال بنحو الإشاعه، وحيث يراد إخراج الملك عن الإشاعه وتعيّن حق كلّ واحد من الشريكين، يقسّم المال بحسب السهام، فيكون التقسيم تعيين كلّ من النصفين لكلّ من الشريكين مثلًا، فيتحصل أن معنى التقسيم إخراج المال عن حال كونه مملوكاً للشريكين بالإشاعه إلى حال تعيين ملك كلّ واحد منهما فيه، بتعيين مصاديق كلّ الإجزاء لكلٍّ منهما، وهذا الوجه أحسن الوجوه فی هذا المقام.

حكم نصب القاسم

قال المحقق: « ويستحب للإمام أن ينصب قاسماً كما كان (۱)لعلى عليه السلام» .

أقول: هذا الحكم لا ريب فيه كما فی (الجواهر) (۲)، لأن نصب القاسم من المصالح العامه، وعن (القواعد) (۳)الاجماع عليه.

وإن تعبيره ب « النصب» يفيد أن ذلك منصب من المناصب، ولازم ذلک أن يكون للقاسم ولايه على التقسيم كما للحاكم ولايه على الحكم، ويكون ما فعل نافذاً على الشريكين كما ينفذ حكم الحاكم على المتخاصمين، ولو لم يرض أحدهما

۱- ۱) واسمه عبد اللّه بن يحيى كما فی المبسوط ۸ / ۱۳۳ وقيل إنه الحضرمى الذى ذكره فی تنقيح المقال ۲ / ۲۳۳عبداللّه بن يحيى الحضرمى وقال: قد عدّ الشيخ الرجل من أصحاب أمير المؤمنين، وفی رجال البرقى إنه من أصحاب أمير المؤمنين الذين كانوا شرطه الخميس، وإن أمير المؤمنين قال لعبد اللّه بن يحيى الحضرمى يوم الجمل: أبشر يا ابن يحيى، فإنک وأباک من شرطه الخميس حقاً.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۰: ۳۲۶.

۳- ۳) لم اعثر عليه فی القواعد وانما نسب اليه فی الجواهر ۴۰: ۳۲۶.

بالتقسيم حكم الحاكم به من باب كونه وليّاً على الممتنع، وكان التقسيم نافذاً.

وإذ كانت القسمه منصباً، وكان القاسم منصوباً من قبل الإمام أو الحاكم، لزم وجود الشرائط الآتيه فيه: قال المحقق قدّس سرّه:

صفات القاسم:

« ويشترط فيه البلوغ وكمال العقل والإيمان والعداله» (۱).

أقول: لا ـ شبهه ولا خلاف فی اشتراط کونه بالغاً عاقلاً، إذ لا عبره بأفعال الفاقد للبلوغ والعقل، كما لاريب ولا خلاف فی اعتبار الإيمان والعداله فيه، لأن صاحب هذا المنصب ذو ولايه، وقد قال اللّه عزوجل: «Bلا يَنالُ عَهْدِی اَلظّالِمِینَ» (۲).

قال: « والمعرفه بالحساب» (۳).

أقول: وكذا نحوه مما تحتاج إليه القسمه غالباً.

قال: « ولا يشترط الحريه» (۴).

أقول: ظاهر (الجواهر) الإجماع على عدم اشتراط الحريّه فی القاسم، فيجوز أن يتولی ذلك العبد الجامع للشرائط المعتبره بإذن المولی (۵).

قالوا: ويشترط فيه القصد، بأن يقسم المال ويفرز الحقوق مع القصد والإنشاء، كما يصدر الحاكم الحكم كذلك.

ص:۴۹۸

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۰.

۲- ۲) سوره البقره ۲: ۱۲۴.

۳- ۳) جواهر الكلام ۴۰: ۱۰۰.

۴- ۴) جواهر الكلام ۴۰: ۱۰۰.

۵- ۵) جواهر الكلام ۴۰: ۳۲۷.

قال: « ولو تراضى الخصمان بقاسم لم تشترط العداله» (١).

أقول: أما بناءاً على عدم كون القسمه منصباً من المناصب، فإنه حيث يريد القاسم القسمه الإجباريه، فإن القدر المتيقن من القسمه النافذه قسمه المؤمن العدل، ولا يوجد عندنا اطلاق لنتمسك به لأجل نفوذ قسمه مطلق القاسم، وأما قاسم الإمام ففى الخبر إنه كان من شرطه الخميس وكان مبشّراً بالجنه.

وأما إذا كان القاسم معيّناً من قبل الشريكين، فلا حاجه إلى العداله والإيمان، إذ المفروض رضاهما بما يفعله - كما لهما أن يقتسما المال بأنفسهما - نعم، لابدّ من كون القاسم الذى يتراضيان بتقسيمه مكلّفاً، لأن عمل الصغير لم يمضه الشارع فى مورد.

وقيل: لا مانع من أن يتصدى الصغير عملاً من باب المقدمه للتقسيم، كأن يكون أداه ووسيله لذلك.

وفيه: إنه لا يتحقق الإفراز إلا بالتقسيم والقرعه، فالذى يفرز المشاع هو نفس التقسيم، وبالقرعه يتعين حق كلّ واحد من الشريكين، فالتقسيم إذاً عمل يترتب عليه أثر، فلا يجوز أن يقوم به الصغير، ولا يتصور عمل آخر غير التقسيم والقرعه ليكون مقدمه يجوز قيام الصغير به.

إذن، لابدّ من كونه مكلّفاً بالبلوغ والعقل، ولكن لا يشترط فيه الايمان والعداله، قال المحقق: « وفى التراضى بقسمه الكافر نظر، أقربه الجواز، كما لو تراضيا بأنفسهما من غير قاسم» (٢).

أقول: وما قرّبه هو الأقوى، فإنه لا مانع من أن يتصدّى الكافر ذلك فى

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ١٠٠.

٢- ٢) شرائع الإسلام ۴: ١٠٠.

صوره كونه معيناً منهمـا، وليس للقاسم سـلطنه حتى يمنع، عملاً بقوله تعالى: «Bوَ لَنْ يَجْعَـلَ اَللّٰهُ لِلْكٰافِرِينَ عَلَى اَلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً» (۱).

نعم، فيما قيل إنه منصب من المناصب الشـرعيه كالقضاء مثلًا، وقيل إن له ولايه على المقتسـمين، فلابـدّ له من الإيمان والعـداله، ويكون نصبه من قبل الامام عليه السلام أو نائبه الخاص أو العام أدام اللّه وجود نوّابه فی الأنام.

هل يشترط الرضا بعد القرعه؟

قال المحقق قدّس سرّه: « والمنصوب من قبل الإمام تمضی قسمته بنفس القرعه، ولا يشترط رضاهما بعده» (۲).

أقول: لا خلاف ولا إشـكال فی ذلک، لما تقدم من تحقق الولايه له من جهه كونه منصـباً، فيكون تقسيمه نافذاً مطلقاً، كما ينفذ حكم الحاكم فی حق المتخاصمين.

قـال: « وفی غيره يقف اللزوم على الرضـا بعـد القرعه. وفی هـذا إشـكال، من حيث أن القرعه وسـيله إلى تعيين الحق وقـد قارنها الرضا» (۳).

أقول: إنمـا الكلام فی القاسم الـذی رضـيا بتقسـيمه، ففی اشتراط رضاهما بعـد القرعه قولان، ودليل الاشتراط هو: أن كلًا منهما يريـد التصـرف فی السـهم الذی وقع له، فلابدّ من رضاهما معاً بالتقسـيم والقرعه بعدها حتى يجوز لهما التصـرف، لأن ذلک هو القدر المتيقن، ولا يوجد إطلاق يؤخذ به فی المقام. ودليل العدم هو:

۱- ۱) سوره النساء ۴: ۱۴۱.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۰ - ۱۰۱.

۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۰ - ۱۰۱.

إن المفروض رضاهما بالقرعه، وهذا الرضا يكفى لجواز التصّرف، لأن « الناس مسلطون على أموالهم» .

أقول: إن كان دليل السلطنه: « الناس مسلطون على أموالهم» مشرّعاً جاز التمسک به لعدم الإشتراط، وإن لم يكن مشرّعاً بل كان مفاده سلطنه المالک على ملكه وجواز تصرفه فيه بأنحاء التصرف فى حدود الشرع المعينه من قبل الشارع فلا، لأن القدر المتيقن من الأدله الشرعيه لجواز التصرف حينئذ صوره الرضا بعد التقسيم والقرعه.

هذا، ولكن بناءاً على ما تقرر من كون القسمه من الامور التى بها يفرز المال المشاع وتزال الشركه، فإنه يلزم رضى الشريكين، ويشترط كون القرعه بطيب النفس، وحيث كانت كذلک فلا لزوم للرضا بعد تحقق القرعه، فيكون القسمه كسائر المعاملات من هذه الجهه، ففى البيع مثلاً ـ يشترط شروط، وحيث أُجريت صيغه البيع بشروطها لا ـ يشترط أن يقول كلّ من المتبايعين بعدها: رضيت، إذ لا دليل عليه، فالإشكال الذى ذكره المحقق قدّس سرّه وارد، والأقوى هو القول بعدم اشتراط الرضا بالقرعه بعدها.

وهل يشترط القرعه؟

هذا، وعن جماعه القول بأن الأمر يتحقق بالقسمه عن تراض، وهى كافيه لتعيّن الحقوق من دون حاجه إلى القرعه، لا سيما وأنه لا تعرض للقرعه فى الأخبار، وأن القرعه لكلّ أمر مشكل، وأنه ليس فى نصوص الشركه إشاره إلى أن زوالها يكون بالقرعه، بل لقد قال بعضهم بأن الأخذ بالقرعه هنا متابعه للعامه، وفى (المسالک) : « بل ينبغى أن يتعين بتراضيهما على القرعه وتخصيص كلّ واحد

ص:٥٠١

من الشـركاء بحصـته وإن لم يحصل القرعه، كما تصح المعاطاه فی البيع، إلا أن المعاطاه يتوقف لزومها على التصـرف من حيث أن ملك كلّ واحـد من العوضـين كان للآخر، فيستصـحب ملكه إلى أن يتصـرف أحدهما بإذن الآخر، فيكون رضاً منه بكون ما فی يده عوضاً عن الآخر. أما القسـمه فإنها مجرد تمييز أحد النصـيبين عن الآخر، وما يصل إلى كلّ منهما هو عين ملكه لا عوضـاً عن ملـك الآـخر، فيكفی تراضـيهما عليها مطلقاً، ومن جعلها بيعاً مطلقاً أو على بعض الوجوه يناسـبه توقف اللزوم على التصـرف كالبيع معاطاه، واشترط فی الدروس تراضـيهما بعد القرعه فی غير قسـمه منصوب الإمام عليه السـلام مع اشتمالها على الردّ خاصه (۱)، وهو حسن، وفی اللّمعه: اكتفى بتراضيهما عليها من غير قرعه مطلقاً (۲). وهو أجود، واختاره العلاّمه فی القواعد (۳)(۴).

وقـد أشـكل على ما ذكر، بأن قياس القسـمه على المعاطاه مع الفارق، لأن المعاطاه - بناء على إفادتها الملك وجواز الرجوع فيها ما دامت العينان باقيتين - بيع عنـد العرف، وقـد أمضـى الشارع ذلك، وأما القسـمه فعنوان آخر، ولا يوجـد فی نصوصـها إطلاق يفيـد نفوذهـا ولزومهـا حتى يقـال بأن القسـمه تتحقق بالـدليل ولا حاجه إلى القرعه، وقوله تعالى: «وَ إِذٰا حَضَـرَ اَلْقِسْمَهَ» (۵)لا إطلاق فيه، ولا يبين كيفيه القسمه، وحينئذ، فإن تحقّقت القسمه مع القرعه كانت المعامله متحققه

۱- ۱) الدروس الشرعيه ۲: ۱۱۷.

۲- ۲) الروضه البهيه ۳: ۱۱۷.

۳- ۳) قواعد الأحكام ۳: ۴۶۰.

۴- ۴) مسالك الأفهام ۱۴: ۲۶ - ۲۷.

۵- ۵) سوره النساء ۴: ۸.

بالإجماع، وبها يتم النقل والملك لكلّ واحد من الشريكين، وليس هنا تصرف فی مال الغير حتی يقال بجوازه بالرضا لقوله: « لا يحل. . .» ، لأنه يريد أخذ ماله وتعيين حقّه (۱).

هل تتحقق القسمه بالصلح؟

وهل تتحقق القسمه بالمصالحه؟ توقّف فيه بعضهم، لكن الظاهر أن المصالحه تبديل ومعاوضه بين السهمين، ونتيجتها كون كلّ واحد من الشريكين مالكاً للعين التی بيده مثلًا، كما يتحقق ذلک بالبيع والشراء بينهما.

نعم، قد يستشكل فی هذا البيع أو الصلح، بناءاً علی لزوم كون العوضين معينين فی الخارج فی البيع والصلح، فلا يصح بيع أحد العبدين أو إيقاع الصلح عليه، لفقدان الشرط المذكور فی المعامله. . . وحينئذ، لا يمكن التوصّل إلی نتيجه القسمه – وهو إفراز السهمين وتعيين الحق لكلّ من الشريكين – عن طريق البيع والصلح بينهما.

---

۱ – ۱) والحاصل: فی المقام ثلاثه أقوال: أحدها: إعتبار القرعه فی حصول القسمه، سواء رضيا بها أولا. و استدل عليه بجريان أدله القرعه فی هذا المقام، وأن ظاهر تلک الأدله هو اللزوم. فراجعها فی وسائل الشيعه، فی الباب الثالث من أبواب كيفيه الحكم وأحكام الدعوی. والثانی: حصول القسمه بمجرد التراضی، من دون حاجه إلی القرعه. واستدل عليه بعموم: « الناس مسلطون علی أموالهم» وقوله: « لا ـ يحلّ مال امرئ مسلم إلا ـ بطيب نفسه» . والثالث: حصولها بالقرعه المتعقبه بالرضا. واستدل عليه باستصحاب بقاء الشركه وأصاله عدم ترتب أثر القسمه علی مجرد القرعه، فيؤخذ بالقدر المتيقن وهو القرعه المتعقبه بالرضا. هذا، وظاهر السيد الاستاذ هو القول الأول، وتماميته يتوقف علی إطلاق أدله القرعه أو شمولها لصوره عدم التخاصم، إلا أن لدعوی اختصاصها بصوره التخاصم وعدم جريانها فی المقام حيث يتراضی الطرفان بقسمه القاسم مجالاً.

وهل يؤثر رضا المالك لو قسم ماله فضول واقترع عليه؟ فيه إشكال، وحينئذ تستصحب الشركه.

وبناءاً على لزوم الرضا بعد القرعه، يشترط رضاهما حتى لو كان القاسم الإمام أو المنصوب من قبله، وحيث يكون التقسيم عن إجبار، يلزم رضا الحاكم لأنه وليّ الممتنع.

عدم الفرق بين قسمه الردّ وغيره:

ثم إن القسمه تاره: تشتمل على ردّ، وذلك عندما يخرج لأحد الشريكين النصيب الأوفر من الآخر، فيؤخذ شيء من صاحب الزياده فى مقابلها ويدفع إلى الآخر، لعدم إمكان تقسيم المال المشترك إلى سهمين متساويين، فيحصل التعديل بين الحقين، وأخرى: لا- تشتمل عليه، فبناء على عدم اشتراط الرضا بعد القرعه، لا يفرق بين الموردين. وفصّل بعضهم فاشترطه فى الصوره الأولى، لأنه فى تلك الصوره توجد معاوضه أخرى، وهى المعاوضه بين ما يؤخذ من صاحب النصيب الأوفر وما يأخذه من سهم الآخر، فلابدّ فيها من رضا الطرفين.

والجواب - كما فى (الجواهر) (1)- أن قسمه الردّ قسم من القسمه المفروض إفرازها بالقرعه، وان استتبعت وجوب الردّ على من خرج له النصيب الأوفر بها، فهو استحقاق آخر يتبع القسمه المزبوره، وليس هو معاوضه مستقله خارجه عن القسمه كى يعتبر فيها التراضى، وسيأتى تفصيل الكلام على هذه المسأله حيث يعنونها المحقق قدّس سرّه.

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۳۲۹.

فی إجزاء القاسم الواحد وعدمه:

قال المحقق قدّس سرّه: « ویجزئ القاسم الواحد إذا لم یکن فی القسمه ردّ، ولابدّ من اثنین فی قسمه الردّ، لأنها تتضمّن تقویماً، فلا ینفرد الواحد به، ویسقط اعتبار الثانی مع رضا الشریک» (۱).

أقول: أما فی صوره عدم اشتمال القسمه علی ردّ، فلا خلاف فی کفایه القاسم الواحد، لتحقق القسمه به کما یتحقق البیع بالواحد، سواء کان القاسم منصوباً من قبل الحاکم أو کان منصوباً من قبل الشریکین بأن یوکّلاه فی ذلک، وأما صوره اشتمالها علی ردّ، فقد ذکر المحقق أنه « لابدّ من اثنین» .

وفی (المسالک) : القسمه إن اشتملت علی ردٍ فلا إشکال فی اعتبار التعدّد فی القاسم حیث لا یتراضی الشریکان بالواحد، لأن التعدد یشترط فی المقوم مطلقاً من حیث أنها شهاده (۲).

وقد أشکل فی (الجواهر) علی ذلک بوجوه:

الأول: ما سمعته من نصب علی علیه السلام قاسماً واحداً.

الثانی: إن التقویم غیر منحصر فی قسمه الردّ، فإن کثیراً من الأموال المشترکه المختلفه کالحیوانات ونحوها لا تقسم إلا بالتقویم وإن لم یکن فیها رد.

الثالث: إن التقویم لا مدخلیّه له فی القسمه وإنما هو من مقدّماتها (۳).

قلت: إن اطمأن الشریکان بأنه قد قسم بالعدل من جمیع الجهات کفی

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۱.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۴: ۲۷.

۳- ۳) جواهر الکلام ۴۰: ۳۳۲ - ۳۳۳.

القاسم الواحد، ولا حاجه إلى التقويم، سواء كانت القسمه عقداً أو إيقاعاً أو حكماً، على اختلاف الوجوه والأقوال - وإن كان كونها بالعقد أشبه - ولعلّه من هذه الجهه لم ينقل احتياج قاسم أمير المؤمنين عليه السلام إلى المقوم، ولذا لو قسم أحدهما برضا الآخر كفى، نظير ما ذهب إليه بعضهم من جواز تولّى الواحد لإجراء عقد النكاح وكالهً عن الزوجين، فإن قسّم القاسم وشك فى كونه بالعدل، وذكر أنه قد قسم بالعدل، كان قوله متضمناً للشهاده، فلابدّ من شاهد آخر معه، ولعلّ ذهاب المحقق والجماعه إلى لزوم التعدّد فى صوره الاشتمال على الردّ، هو من جهه أن الغالب فى مثل ذلك وقوع الإحتياج إلى التقويم، ومع عدمه أجزأ القاسم الواحد.

الكلام فى أُجره القاسم:

قال المحقق قدّس سرّه: « وأجره القسام من بيت المال، فإن لم يكن إمام أو كان ولا سعه فى بيت المال كانت أُجرته على المتقاسمين» (١).

أقول: هذا بالنسبه إلى القاسم المنصوب من قبل الإمام عليه السلام، فإن أُجرته تكون على بيت المال، لأنه معدّ للمصالح وهذا منها، لكن ذلك يختص بصوره إجبار الإمام المتقاسمين على التقسيم، وأما وجوبها على بيت المال فى المورد الذى لم يأمر فيه الإمام بالقسمه فبعيد، فكان الأولى التقييد بما ذكرناه، وحيث طلبا من الإمام عليه السلام إرسال القاسم لأجل التقسيم كانت الاجره عليهما، لأن عمله محترم وهما قد طلباه، فعليهما الاجره لا على بيت المال وإن كان فيه سعه.

وأما إذا طلب أحدهما دون الآخر، فأمر الإمام بالتقسيم، فهل عليه دفع ما

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ١٠١.

يجب على الراضى منهما أيضاً من بيت المال؟ الظاهر هو العدم.

والمشهور ف بل ادعى الإجماع ف على أخذ الاجره من كليهما، وإن كان أحدهما ممتنعاً وكان التقسيم بأمر الحاكم و إجباره، وكذا لو لم يمتنع أحدهما بل رضى بكلا الأمرين – بقاء الشركه والتقسيم – على السواء، فأمر الحاكم بالتقسيم، قالوا: لأن التقسيم له أثر ونفع بالنسبه إليه أيضاً.

وفيه: إن توجّه النفع الذى لم يطلبه لا يوجب دفع شيء عليه، وتحقق الإجماع فى هذا الغرض بعيد.

وكذا لو رضى بالتقسيم من غير أن يطلبه، أو رضى الحاكم به من قبله، فإنه لا يجب عليه شىء إلا عدم الإمتناع عن التقسيم، وكذلك الحاكم إن رضى من قبله بالولايه. . . .

فالأقوى فى جميع هذه الموارد توجّه كلّ الاجره على من طلب التقسيم.

هذا، ومقتضى القواعد كفايهرفع اليد عن المال وعدم وجوب تسليمه.

قال المحقق قدّس سرّه: « فإن استأجره كلّ واحد بأُجره معينه فلا بحث» (١).

أقول: إن استأجر كلا الشريكين القاسم بعقد واحد لأجل التقسيم بأُجره معيّنه، وجب عليهما معاً دفع الاجره، وإن استأجره كلّ واحد بالاستقلال وبأُجره معنيه قال المحقق: فلا بحث، وهو صريح فى الجواز.

وقد أشكل عليه من جهه أن العمل واحد وينتفع منه كلاهما، فإذا استأجره أحدهما لهذا العمل لم يصح استيجار الثانى إيّاه له، لأن هذا العمل مملوك للأول،

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ١٠١.

فكيف يأخذ مالاً بأزاء هذا العمل من الشريك الثانى؟ وبعباره أخرى: إنه يتحصّل من إفراز سهم الموجر كون سهم الآخر مفروزاً كذلك، فيكف يجعل نفسه أجيراً لتحصيل ما حصل؟

فإن قيل: فكيف يجوز أن يصير الشخص الواحد وكيلاً ـ من طرف البائع للإيجاب، ومن طرف المشترى للقبول، فى معامله واحده؟

قلنا: إنه قياس مع الفارق، كما هو واضح.

وقد أشكل عليه أيضاً: بأن فرز مال أحدهما مقدمه لفرز مال الآخر، فإذا أُوجر من قبل أحدهما كانت إجاره الثانى باطله، لأنها تكون على عمل وجب عليه القيام به بإجاره الأول من باب المقدمه.

لكن فيه: إن العمل واحد، غير أن الذى يتحصل منه أمران، وليس باثنين حتى يكون أحدهما مقدمه للآخر.

وقد ذكر فى (المسالك) الإشكال الأول وقال: « وأجيب بأن السؤال مبنى على أنه يجوز استقلال بعض الشركاء باستيجار القسام لإفراز نصيبه ولا سبيل إليه، لأن إفراز نصيبه لا يمكن إلا بالتصرّف فى نصيب الآخرين تردّداً وتقديراً، ولا سبيل إليه إلا برضاهم، نعم، يجوز أن ينفرد واحد منهم برضا الباقين، فيكون أصلًا ووكيلًا ولا حاجه إلى عقد الباقين، وحينئذ، إن فعل ما على كلّ واحد منهم بالتراضى فذاك، وإن أطلق عاد الكلام فى كيفيه التوزيع» (1).

وقد أشكل على هذا الجواب: بأن الإجاره للتقسيم المستلزم للتصرف فى مال الشريك بدون إذنه، غير صحيحه، وأما إذا كانت الإجاره فى مورد لا يستلزم

۱- ۱) مسالك الأفهام ۱۴: ۳۱.

التقسیم فیه التصرف، کأن یکون القاسم عالماً بوزن المال أو مساحه الأرض مثلًا عاد الإشکال.

أقول: هـذا کلّه بالنسبه إلی التصرف الخارجی، لکن الإفراز فی حدّ ذاته تصرف، فلا یجوز القیام به، ولا یتحقق إلا مع إذن الشریک، وحینئذ، تکون إجاره الأوّل باطله.

وکما یمکن أن یکون القاسم عالماً بخصوصیات المال بحیث لا یحتاج إلی التصرف فی نصیب الشریک الآخر، کذلک یمکن تحصیل رضا الشریک بهذاالمقدار من التصرف اللازم لمعرفه خصوصیات المال، فیکون نظیر ما إذا وکّله فی شراء دار مثلًا، فإن معناه أنه إن رضی مالکها وباعها فاشترها منه، وإما إذا لم یرض لغت الوکاله، فیکون کبیع الفضولی مع عدم إجازه المالک، فلو باع شخص مال غیره فضوله، أی أنشأ تملیکه الغیر بدون رضی المالک، فإن هـذا فعل لغو ولیس حراماً، لأن المفروض عدم وقوع التصرّف فیه.

وهنا، إن کان التقسیم فی الحقیقه إجاره مشروطه بإجازه الشریک، فقیل بعدم الصحّه أیضاً، وقال فی (الجواهر) : إذا کان إنشاء الإجاره مشروطاً بإجازه الآخر، فإن إجاره الأول باطله للتعلیق، وإن کان إنشاءً مراعیً بإجازه الآخر - مثل بیع الفضولی - فإنّه إنشاء منجّز لکنه مراعیً شرعاً، فإن رضی الثانی بالإجاره تمّت وأثّرت الإجازه، فهذا معنی قول صاحب الجواهر: اللهم إلا أن یراد أن الأولی وقعت مراعی صحتها بوقوع الثانیه (۱)، ولکن فیه: إن المراعی فی بیع الفضولی أن المالک یجیز نفس عمل الفضول، وهنا إن أجاز الثانی نفس عمل الأول کان عمله

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۳۳۵.

ممضىً بهذه الإجاره ولا يكون شريكاً معه فى الإجاره، وإن كانت إجازه الثانى بمعنى إنشائه الإجاره، عاد الإشكال، ولذا قال هو: والتحقيق عدم صحه الثانيه حيث تصح الاولى من دون مراعاه للثانيه مع كون المستأجر عليه شيئاً واحداً.

هذا، ولو وكّل أحد الشريكين الآخر فى التقسيم، فاستأجر الشريك أصاله عن نفسه ووكاله عن شريكه من يقسّم المال، وجب عليهما معاً دفع الاجره.

قال المحقق قدّس سرّه: « وإن استأجروه فى عقد واحد ولم يعيّنوا نصيب كلّ واحد من الاجره لزمتهم الاجره بالحصص، وكذا لو لم يقدّروا أجره كان له أجره المثل عليهم بالحصص لا بالسويّه» (1).

أقول: إدعى فى (الجواهر) إجماع الطائفه على مراعاه الاجره بالحصص (2).

واستدل له الشيخ قدّس سرّه بأنا لو راعيناها على قدر الرؤوس ربما أفضى إلى ذهاب المال، كأن يكون بينهما لأحدهما عشر العشر سهم من مأه سهم والباقى للآخر، ويحتاج إلى اجره عشره دنانير على قسمتها، فيلزم من له الأقل نصف العشره، وربما لا يساوى سهمه ديناراً واحداً، فيذهب جميع المال، وهذا ضرر، والقسمه وضعت لإزاله الضرر فلا يزال بضرر أعظم منه (3).

واستدل له (كاشف اللثام) بقوله: ولأن الاجره تزيد بزياده العمل، والعمل يزيد بزياده المعمول، فكلّ من كانت حصته أزيد فالعمل له أزيد، كمن يسقى جريبين من الأرض فعمله أزيد ممّن يسقى جريباً، وأن تحمل المشقه أكثر، وكمن ردّ عبداً قيمته مائه، فعمله أزيد ممن ردّ عبداً قيمته خمسون، والغموض فى قله

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ١٠١.

٢- ٢) جواهر الكلام ۴٠: ٣٣٥.

٣- ٣) كتاب الخلاف ۶: ٢٢٩، المسأله ٢۶.

النصيب إنما جاء من كثره نصيب الآخر (۱).

وفی (القواعد) وغیرها احتمال التساوی، للتساوی فی العمل (۲)، فإنه لیس إلا إفرازاً أو حساباً أو مساحه، والکلّ مشترک بینهما، بل قد یکون الحساب فی الأقل أغمض، وقله النصیب توجب کثره العمل لوقوع القسمه بحسب أقل الأنصباء، فإن لم یجب علی الأقل نصیباً من الاجره أزید فلا أقل من التساوی.

قال فی (الجواهر) : ولکن لم یذهب إلیه أحد من أصحابنا، بل عن الشافعی وأبی حنفیه ومالک موافقتنا علی ذلک، نعم، هو محکی عن أحمدبن حنبل، ونقض علیه الفاضل فی القواعد بالحفظ للمال المشترک، فإن له الاجره بالحصص مع التساوی فی العمل (۳). . .

قلت: ومثله حمل المال المشترک من مکان إلی آخر، فإن له الاجره بالحصص.

لکن التحقیق اختلاف الموارد، وأنه لا تدور الاجره مدار نتیجه العمل فی کلّ مورد، مثلًا: لا یفرّق فی الاجره بین حمل الحنطه وحمل الرز من مکان إلی آخر - مع وحده المسافه واتحادهما فی الوزن - وإن کان الرز أغلی من الحنطه، وصاحب المطبعه یطبع کلّ ملزمه من الکتاب بأُجره معینه، فهو یأخذ أُجرته فی مقابل عمله، من غیر فرق بین أن یکون الکتاب من الکتب العلمیه النفیسه مادیّاً ومعنویاً، أو یکون کتاباً وضیعاً کذلک، ففی هذه الموارد یلحظ العمل نفسه، وأما فی حمل المال المشترک أو تقسیمه، فالسیره العقلائیه علی النظر إلی نتیجه العمل بالنسبه إلی کلّ

۱- ۱) کشف اللثام ۱۰: ۱۶۸.

۲- ۲) قواعد الأحکام ۳: ۴۶۱، ایضاح الفوائد ۴: ۳۷۰.

۳- ۳) جواهر الکلام ۴۰: ۳۳۶.

واحد من الشركاء، فإذا آجروه كلّهم للحمل أو القسمه قسّمت الأجره عليهم بالحصص، لأن حرمان صاحب التسعه أعشار من الإستفاده من المال - لأجل الشركه - تسعه أضعاف حرمان صاحب العشر، فتكون استفادته من المال بالتقسيم تسعه أعشار استفادته، فعليه تسعه أعشار الاجره.

فالحق هو الاستدلال بالإجماع وبقاعده نفى الضرر، كما عن الشيخ قدّس سرّه فى (الخلاف) (۱).

النظر فى المقسوم:

قال المحقق قدّس سرّه: « وهو إما متساوى الأجزاء كذوات الأمثال مثل الحبوب و الأدهان، أو متفاوتها كالأشجار والعقار، فالأول يجبر الممتنع مع مطالبه الشريك بالقسمه، لأن الإنسان له ولايه الانتفاع بماله، والإنفراد أكمل نفعاً» (۲).

أقول: قسّم المحقق قدّس سرّه المقسوم إلى قسمين، أى إلى المتساويه أجزاؤه من حيث الوصف والقيمه كذوات الأمثال مثل الحبوب والأدهان، وإلى المتفاوته أجزاؤه كالأشجار والعقار، وقد حكم فى القسم الأول بجواز إجبار الممتنع مع مطالبه الشريك بالقسمه، قال فى (الجواهر) : بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به بعضهم، بل الظاهر الإتفاق عليه، ولعلّه العمده بعد قاعده وجوب إيصال الحق إلى مستحقه مع عدم الضرر والضرار فى القسمه المفروض شرعيّتها (۳)، وأما الثانى ففيه تفصيل كما سيأتى.

۱- ۱) كتاب الخلاف ۶: ۲۲۹

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۱.

۳- ۳) جواهر الكلام ۴۰: ۳۳۷.

قال المحقق: « ويقسم كيلاً ووزناً متساوياً ومتفاضلاً ربوياً كان وغيره، لأن القسمه تميز حق لا بيع» (۱).

أقول: وحيث يراد التقسيم، فإنه يقسّم المكيل والموزون وغيرهما كيلاً ووزناً وغير ذلک متساوياً ومتفاضلاً، ربوياً كان المقسوم وغيره، وذلک لأن القسمه – كما سبق فی أولّ البحث – معامله مستقلّه يقصد بها تمييز حق أو تعيين حق، لا بيع، فلا يشترط فيها ما يشترط فی البيع، من القبض فی المجلس فی النقدين والعلم بالوزن والوصف وعدم الإشتمال على الربا، وحينئذ، فإذا قسم بالتساوی بحسب العين أو بحسب القيمه جاز، وإن كان مع الجهل بالوزن أو الوصف، ط وكذا لا يثبت فی القسمه الخيار لأحد المتقاسمين.

قال ثانی الشهيدين: لو ترک قوله متساوياً ومتفاضلاً كان أولى، وإليک نص كلامه:

« وأما قوله متساوياً ومتفاضلاً، فالأصل فی القسمه أن تكون بنسبه الإستحقاق، فإذا كان المشترک بينهما نصفين كان إفرازه نصفين، وإن كان بينهما أثلاثاً كان إفرازه كذلک، والتفاضل فی الثانی بحسب الصوره وإلا فهو متساو حقيقه، لأن مستحق الثلث له فيما فی يد صاحب الثلثين ثلثه ولصاحب الثلثين فيما فی يد صاحب الثلث ثلثاه، فالقسمه على هذا الوجه موجبه للتسويه بينهما بالنظر إلى أصل الحق، وإن أراد بالتفاضل ترجيح أحدهما على الآخر زياده على حقّه، فليس ذلک بداخل فی حقيقه القسمه بل هو هبه محضه للزائد، فلو ترک قوله

۱– ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۱.

متساوياً ومتفاضلاً كان أولى» (۱).

قال فی (الجواهر) : وفیه أن معنی کلام المحقق هنا أنه لو فرض کون الاشتراک فی جیّد الحنطه وردیئها، بحیث کان المنّان من الردیّ یساوی المنّ الواحد من الجیّد، فلو أخذ أحدهما المنّین فی مقابل الواحد من الجیّد جاز ولا یلزم الربا، لأنه تقسیم أی تعیین لحق کلّ واحد ولیس بیعاً، وإن کان التقسیم فی حقیقته معاوضه.

قلت: لکن ظاهر العباره لا یساعد هذا المعنی، فإنه یقول: المقسوم إما متساوی الأجزاء کذوات الأمثال أو متفاوتها، فالأول یجبر الممتنع مع مطالبه الشریک بالقسمه، فلو فرض کونهما شریکین فی الجیّد والردیّ، فإن أخذ المنّین من الردیّ فی مقابل المنّ من الجیّد لیس تقسیماً إجباریّاً، بل من التقسیم المشتمل علی الرد (۲).

قال المحقق: « والثانی، إما أن یستضرّ الکلّ أو البعض أو لا یستضر أحدهم، وفی الأول لا یجبر الممتنع کالجواهر والعضائد الضیقه، وفی الثانی: إن التمس المستضر أُجبر من لا یتضرر، وإن امتنع المتضرر لم یجبر. . .» (۳).

أقول: هذا حکم المقسوم المتفاوته أجزاؤه، وتفصیله أنه إما أن یستضرّ کلّ الشرکاء بقسمته أو بعضهم، أو لا یستضر أحدهم.

أما الثالث، فالحکم فیه واضح، فإنه یقسم بلا کلام، وأما إذا کان المال مما

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۳۲.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۰: ۳۳۸.

۳- ۳) شرائع الاسلام ۴: ۱۰۱.

يوجب تقسيمه الضرر على كلّ الشركاء، فلا يقسم إلا برضاهم جميعاً، ولا يجبر الممتنع منهم، بل لا يجوز التقسيم الموجب للتلف حتى مع رضاهم، فلابدّ من التقسيم بطريق آخر من بيع أو صلح أو مهاياه، وإن كان الضرر متوجهاً إلى بعضهم، فإن امتنع المتضرر لم يجبر، لقاعده نفى الضرر، وإن كان الملتمس للقسمه وهو المستضر أُجبر من لا يتضرر، وعلى كلّ حالٍ، فلابدّ من أن لا يكون الضرر فاحشاً أو موجباً للسقوط عن الماليّه، وإلا قسم بنحو آخر.

وإن استلزم بقاء المال على الشركه ضرراً أكثر من الضرر اللّازم بالتقسيم قسّم.

وأما إذا توقّف التقسيم على الردّ، قسّم المال كذلك بلا إجبار، كما سيأتى.

ولو كان الأقل ثمناً أكثر مرغوبيه، فهل يراعى فى القسمه جهه المرغوبيّه أو يراعى جهه الماليّه؟ وجهان مبتيّان على حدّ دلاله قاعده لا ضرر ولا ضرار، فإن كانت رافعه لخصوص الضرر المالى، فالمفروض عدمه هنا لأجل التعديل بالقيمه، وإن قلنا بأنها ترفع الضرر الغرضى أيضاً، منعت التقسيم المضر بالغرض وإن لم يلزم الضرر المالى.

أقسام القسمه:

فظهر أن القسمه على قسمين: قسمه إجبار وقسمه تراض، وقد ذكر المحقق هذا بقوله: « ثم المقسوم إن لم يكن فيه ردّ ولا ضرر أُجبر الممتنع وتسمّى قسمه إجبار، وإن تضمنت أحدهما لم يجبر وتسمّى قسمه تراض» (١).

فإن لم يكن فى البين ردّ ولا ضرر أُجبر الممتنع عن التقسيم، لأن الإنسان له

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ١٠١.

ولايه الانتفاع بماله، والإنفراد أكمل نفعاً، والمفروض عدم المانع من إعمال هذه الولايه، وهذه قسمه الإجبار، وإن كان هناك ردّ أو ضرر فلا يجوز إجبار الممتنع عن التقسيم، بل يقسم بأى نحو تحقق به رضا جميع الأطراف، وهذه قسمه التراضى. وعلى هذا الأساس قال المحقق: « ويقسّم الثوب الذى لا تنقص قيمته بالقطع كما تقسم الأرض» أى المتساويه الأجزاء قسمه إجبار، لأن المفروض عدم الضرر وعدم الردّ فيها « وإن كان ينقص بالقطع، لم يقسم، لحصول الضرر بالقسمه» قال: « وتقسم الثياب والعبيد بعد التعديل بالقيمه قسمه إجبار» لأن التعديل رافع للضرر المانع من الإجبار.

لكن فى (المسالك) : ومنهم من قسّمها ثلاثه أقسام:

قسمه الإفراز، وهى أن يكون الشىء قابلاً للقسمه إلى أجزاء متساويه الصفات كذوات الأمثال وكالثوب الواحد، والعرصه الواحده المتساويه، ولا إشكال فى كون هذا القسم إجبارياً، مع بقاء الحصص بعد القسمه منتفعاً بها أو حافظه للقيمه كما مر.

والثانى: قسمه التعديل، وهى ما تعدل سهامها بالقيمه، وهى تنقسم إلى ما يعدّ شيئاً واحداً وإلى ما يعدّ شيئين فصاعداً:

فالأول - ما يعدّ شيئاً واحداً كالأرض التى تختلف قيمه أجزائها. . . ومقتضى عباره المصنف قسمه هذه إجباراً، إلحاقاً للتساوى فى القيمه بالتساوى فى الأجزاء، ويحتمل عدم الإجبار هنا لاختلاف الأغراض والمنافع، والوجهان جاريان فيما إذا كان الإختلاف لاختلاف الجنس، كالبستان الواحد المختلف الأشجار، والدار الواحده المختلفه البناء. والأشهر الإجبار فى الجميع.

والثانى - ما يعدّ شيئين فصاعداً، وهو ينقسم إلى عقار وغيره:

فالأول، کما إذا اشترکا فی دارین أو حانوتین متساویتی القیمه، وطلب أحدهما القسمه بأن یجعل لهذا داراً، ولهذا داراً.

ولا یجبر الممتنع هنا، سواء تجاور الداران والحانوتان أم تباعدا، لشدّه اختلاف الأغراض باختلاف المحال والأبنیه فیلحقان بالجنسین المختلفین. . . ولو کان بینهما دکاکین متلاصقه لا یحتمل آحادها القسمه - وتسمّی العضائد - فطلب أحدهما أن یقسم أعیانها، ففی إجبار الممتنع وجهان، أظهرهما العدم، وسیأتی.

وأما غیر العقار، فإذا اشترکا فی عبید ودواب أو أشجار أو ثیاب، فإما أن یکون من نوع واحد أو من متعدد.

فإن کانت من نوع واحد وأمکن التسویه بین الشریکین عدداً وقیمه، کعبدین متساویی القیمه بین اثنین وثلاث دواب متساویه القیمه بین ثلاثه، فالذی اختاره المصنف والأکثر أنه یجبر علی قسمتها أعیاناً ویکتفی بالتساوی فی القیمه، بخلاف الدور لشده اختلاف الأغراض فیها. . . وفی القواعد: استشکل الحکم فی العبید (1). . . ونقل فی المبسوط عن بعضهم عدم الإجبار هنا، والمذهب هو الأول (2).

ولو لم یمکن التسویه فی العدد، کثلاثه أعبد بین اثنین علی السویّه أحدهما یساوی الآخرین فی القیمه، فإن قلنا بالإجبار عندإمکان التسویه، فهنا وجهان، ینظر أحدهما إلی تعادل القیمه، والثانی إلی اختلاف العدد وتفاوت الأغراض. . .

ولو کانت الشرکه لا ترتفع إلا عن بعض الأعیان، کعبدین بین اثنین قیمه أحدهما مائه وقیمه الآخر مائتان، فطلب أحدهما القسمه لیخصّ من اخرجت له

1- 1) قواعد الأحکام 3: 462.

2- 2) المبسوط فی فقه الامامیه 8: 147.

القرعه الخسیس به ویربع النفیس، ففی إجبـار الآخر وجهان مبتّیان علی المسأله السابقه، فإن قلنا: لا إجبار هناک فهنا أولی، وإن قلنا بالإجبار هناک فهنا وجهان، أصحّهما: المنع، لأن الشرکه لا ترتفع بالکلیّه.

ولو کـانت الأعیـان من أنواع مختلفه، کالعبـد الترکی مع الهنـدی والثوب الابریسم مع الکتان مع تساویهما فی القیمه، ففی إجبار الممتنع وجهان مرتّبان، وأولی بالمنع هنا لو قیل به فی السابق.

وکذا القول لو اختلف قیمتهما وأمکن التعدیل.

ویظهر من المصنف وجماعه عدم اعتبار اختلاف النوع مع اتفاق القیمه، فأما الأجناس المختلفه کالعبد والثوب، والحنطه والشعیر، والدابه والدار، فلا إجبار فی قسمه أعیانها بعضها فی بعض وإن تساوت قیمتهما.

والثالث: قسمه الرد، بأن یکون بینهما عبدان، قیمه أحدهما ألف وقیمه الآخر ستمائه، فإذا ردّ آخذ النفیس مائتین استویا.

ولا خلاف فی کون هذا القسم مشروطاً بالتراضی، وسیأتی الکلام فیه، انتهی کلام الشهید الثانی قدّس سرّه (۱).

أقول: وحاصـله: أنه مع اختلاـف الغرض لاـ یجوز الإجبـار، وإن أمکن التعـدیل فی القیمه بلاـ ردّ، قال فی (الجواهر) : وهو کما تری، لاـ نعرف له مـدرکاً ینطبق علی أصولنـا إلا دعوی حصول الضـرر فی بعض دون آخر، وهی مجرد اقتراح، وإنما صـدر من العامه علی أصولهم الفاسده.

ثم قال: اللهم إلا أن یکون فی مختلف جهه الشرکه فیه، بمعنی عدم الشرکه فی

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۳۵ - ۳۹.

مجموع آحاده وإن تحقّقت فی أفراده بأسباب مستقله، فإنه لا جبر فی قسمه بعض فی بعض قطعاً، بل الظاهر عدم مشروعیه القسمه فیه بالمعنی المصطلح وإن جازت بنوع من الصلح ونحوه، لکون القسمه حینئذ قسمه معاوضه لا إفراز، وذلک لأنه معها یکون له النصف من کلّ منهما مثلاً، ولا یجب علیه معارضه ما یستحقه فی أحدهما بما لصاحبه فی الآخر، إذ لیست هی بإفراز حینئذ، بخلاف ما لو کانت الشرکه فی مجموعه، فإن له حینئذ نصفاً منه وهو یمکن انطباقه علی أحدهما.

ومن ذلک یظهر لک اعتبار الإشاعه فی مجموع الأعیان المشترکه التی یراد قسمتها بعض فی بعض، بل لا موضوع للقسمه فی غیره ممّا آحاده مشترکه بأسباب مستقله من دون شرکه بمجموعه، ولیس المراد فی الأول اعتبار نصف المجموع مثلاً کی یرد حینئذ عدم جواز قسمه بعض المال المشترک دون بعض أو قسمه بعضه بالإفراز والآخر بالتعدیل، والمعلوم خلافه نصاً وسیره، وإنما المراد زیاده مصادیق النصفیه بملاحظه الشرکه فی المجموع علی وجه یصح قسمته بعض فی بعض بحیث یکون النصف أحد المالین مثلاً، فتأمل فإنه دقیق نافع. . . إلی آخر ما ذکره قدّس سرّه (۱).

وملخصه: عدم إمکان القسمه بالقیمه فی صوره اختلاف سبب الشرکه، فلو اشترک أخوان فی مال بالإرث وفی آخر بالشراء، کان النصف المشاع من کلّ واحد لکلّ واحد من الأخوین، وحینئذ، لا یقسم هذان المالان بأن یجعل بعضه فی مقابل بعض بالقیمه، وظاهر کلامه یعّم المثلی والقیمی معاً.

ولم یتّضح لنا وجه هذا التفصیل، لأن کلّ مال مشترک بالإشاعه یکون

۱- ۱) جواهر الکلام ۴: ۳۴۱.

نصف كلّ جزء لهذا والنصف الآخر منه للآخر، حتى يصل إلى الجزء الذى لا يتجزء، من دون فرق بين اتحاد سبب الشركه وتعدّده، وعلى هذا، فإنه تجعل المصاديق الخارجيه لكلّى النصف ثم تعيّن لكلّ واحدٍ بالقرعه، نعم، إن النصف الكلّى لمّا ورثاه لا يكون مصداقاً لكلّى النصف من المال الذى اشترياه، ولكن إذا قسّمت الأموال من حيث المجموع بلحاظ القيمه إلى قسمين، مع غض النظر عن سبب الملكيه، تحقق المصداق للمملوك، وبالقرعه يتعين المالك لكلّ نصف.

وعلى الجمله، إن اختلاف سبب الملك لا يوجب اختلاف الملك، والسيره قائمه على التقسيم، من دون نظر إلى أسباب التملّك، فإن ما تركه الميت لورّاثه بالإشاعه، ويقسم بينهم من دون نظر إلى أفراد التركه من حيث أسباب تملك الميّت لها.

قال المحقق قدّس سرّه: « وإذا سألا القسمه ولهما بينه بالملك قسّم، وإن كان يدهما عليه ولا منازع لهما قال الشيخ فى المبسوط: لا يقسم (۱)، وقال فى الخلاف: يقسم (۲)، وهو الأشبه، لأن التصرف دلاله الملك» (۳).

أقول: إذا سأل الشريكان الحاكم القسمه فتاره: يعلم الحاكم بكون المال ملكاً لهما بالإشتراك، وأخرى: تقوم البينه على ذلك عنده، وثالثه: لا علم ولا بينه بل لهما يد على المال.

فعلى الاوّلين: لا إشكال ولا خلاف فى تصرف الحاكم بتقسيم المال.

۱- ۱) صرح فى المبسوط بجواز القسمه. راجع المبسوط ۸: ۱۴۷ - ۱۴۸. ولم اعثر على منع القسمه فى المبسوط.
۲- ۲) كتاب الخلاف ۶: ۲۳۲، المسأله ۳۰.
۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۲.

وعلى الثالث فعن (المبسوط) : لا يسمع قولهما بل يطالبان بالبينه على كون المال لهما، وعن (الخلاف) إنه يقسّم وعليه المشهور (۱)، واختاره المحقق بقوله: هو الأشبه، وفى (الجواهر) : بل لعلّه لا خلاف فيه بيننا، بل قد يظهر من بعضهم الإجماع عليه (۲).

وجه المنع: إحتمال كون التقسيم حكماً، والحكم يتوقف على البينه.

ووجه الجواز: إن اليد والتصرّف دلاله الملك. . . وهذا هو المختار.

والإحتياط الذى ذكره صاحب (الجواهر) قدّس سرّه ليس بلازم.

كيفيه القسمه:

إن الحصص لا تخلو من أربع حالات، فتكون القسمه المحتاجه إلى التعديل على أربعه أقسام:

الأول: أن تتساوى الحصص قدراً وقيمه.

الثاني: أن تتساوى الحصص قدراً لا قيمه.

الثالث: أن تتساوى الحصص قيمه لا قدراً.

الرابع: أن تختلف الحصص قدراً وقيمه.

قال المحقق: « الحصص، إن تساوت قدراً وقيمه، فالقسمه بتعديلها على السهام، لأنه يتضمن القيمه، كالدار تكون بين اثنين وقيمتها متساويه» فيتحقق التعديل بقسمتها نصفين (۳). . . وهذا هو القسم الأول، وحيث يتحقق التعديل - كما

۱- ۱) كتاب الخلاف ۶: ۲۳۲.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۰: ۳۴۳.

۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۲.

ذكر - تصل النوبه إلى القرعه لأجل تعيين حصه كلّ واحد من الشريكين، وسيأتى بيان كيفيه القرعه.

قال: « وإن تساوت قدراً لا قيمه، عدّلت السهام قيمه وأُلغى القدر، حتى لو كان الثلثان بقيمته مساوياً للثلث جعل الثلث محاذياً للثلثين» (۱)وهذا هو القسم الثانى.

وأما كيفيه القرعه: « فهو أن يكتب كلّ نصف» من النصفين المتساويين قدراً وقيمه كما فى القسم الأول، أو قدراً فقط كما فى القسم الثانى « فى رقعه ويصف كلّ واحد بما تميزه عن الآخر، ويجعل ذلك مصوناً فى ساتر كالشمع أو الطين، ويأمر من لم يطلع على الصوره بإخراج أحدهما على اسم أحد المتقاسمين فما خرج فله» .

أو « أن يكتب كلّ اسم» من اسمى الشريكين « فى رقعه، ويصونهما ويخرج على سهم من السهمين، فمن خرج اسمه، فله ذلك السهم» .

قال فى (الجواهر) : والظاهر عدم وجوب خصوص كتابه الرقاع وعدم الصون فى ساتر، بل وعدم وجوب كون المأمور مكلّفاً، بل وغير ذلك من القيود المزبوره، إذ المراد حصول التعيين من غير اختيارهما أو وكيلهما، بل يفوّضان أمره إلى اللّه تعالى ويفعلان ما يفيده، وإن كان الأولى الاقتصار على المأثور والمعهود (۲).

قلت: ومن ذلك عدم وجوب كتابه رقعتين، بل يكفى أن يكتب رقعه واحده عليها اسم واحد منهما، فيضع المأمور تلك الرقعه على احدى الحصّتين، فيكون ما خرج لصاحب الاسم، والحصه الثانيه للآخر.

ص:۵۲۲

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۲.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۰: ۳۴۴.

قال المحقق: « وإن تساوت الحصص قيمه لا ـ قدراً مثل أن يكون للواحد النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس، وقيمه أجزاء الملك متساويه، سوّيت السهام على أقلّهم نصيباً فجعلت أسداساً» (1)ويعطى لكلّ واحد سهمه، وتكون العبره بالتعديل من حيث القيمه، بأن يعطى لصاحب السدس ما يساوى سدس المجموع قيمه، ولا يكتفى بالتعديل من حيث العدد أو الوزن أو المساحه مثلاً.

ص:۵۲۳

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۲.

مسائل ثلاث

المسأله الاولی: (فی الدار التی لها علو وسفل)

قال المحقق قدّس سرّه: « لو کان لدار علو وسفل، فطلب أحد الشریکین قسمتها بحیث یکون لکلّ واحد منهما نصیب من العلو والسفل بموجب التعدیل جاز» (۱)بلا خلاف ولا إشکال فی (الجواهر) (۲).

قال: « وأجبر الممتنع مع انتفاء الضرر» (۳)أی: لما تقدم من أن المانع من الإجبار هو الضرر، فمع فرض انتفائه یجبر الممتنع منهما عن التقسیم.

قال: « ولو طلب انفراده بالسفل أو العلو لم یجبر الممتنع» (۴).

أقول: قال فی (القواعد) : « بل أخذ کلّ منهما نصیبه من العلو والسفل بالتعدیل» (۵)أی کما فی الوجه الأول المتقدم، وعلّله « کاشف اللثام» بقوله: « لأن البناء تابع للأرض والعلو للسفل، فإنما یجبر علی قسمه تأتی علی الأرض، ولأن من ملک شیئاً من الأرض ملک قراره إلی الأرض السابعه وهواه إلی السماء، فلو

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۴.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۰: ۳۵۲.

۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۴.

۴- ۴) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۴.

۵- ۵) قواعد الأحکام ۳: ۴۶۴.

جعلنا لأحدهما العلو قطعنا السفل عن الهواء والعلو عن القرار» (۱).

قلت: مضافاً إلى أنه قد تحدث حادثه توقع النزاع بينهما كما إذا انهدم سقف السفل، فإنه يقع النزاع بين مالك السفل ومالك العلو فى تعميره.

وهناك وجه ثالث من التقسيم لا ـ يجبر الممتنع فيه كالثانى، وقد ذكره المحقق بقوله: « وكذا لو طلب قسمه كلّ واحد منهما منفرداً» (۲)أو طلب قسمه أحدهما وبقاء الثانى على الشركه فامتنع الآخر عن ذلك.

وعلى الجمله، إن صور التقسيم مختلفه، والملاك العام ما ذكره المحقق قدّس سرّه سابقاً من أنه: متى لزم الضرر أو الردّ لم يجبر، ومتى لم يلزم اُجبر.

۱- ۱) كشف اللثام ۱۰: ۱۷۷.

۲- ۲) شرائع الاسلام ۴: ۱۰۴.

المسأله الثانیه: (فی قسمه الأرض التی فیها زرع)

قال المحقق قدّس سرّه: « لو کان بینهما أرض وزرع، فطلب قسمه الأرض حسب، أُجبر الممتنع» (۱).

أقول: وقد نقل هذا عن الشیخ، بل الظاهر أنه رأی المشهور، وفیه تأملّ، لأنه إذا طلب أحدهما قسمه الأرض حسب فقال الآخر: لا، بل یقسم الکلّ، أی الأرض وما علیها، فلماذا یجبر هذا ولا یجبر ذاک؟ هذا غیر واضح عندنا.

قال المحقق: « لأن الزرع کالمتاع فی الدار» (۲).

أقول: یعنی فرق بین الأرض والبناء وبین الأرض والزرع، فإن البناء تابع للأرض التی بنی علیها، بخلاف الزرع فإنه لا یتبع الأرض بل هو کالمتاع فی الدار، فیجوز بیع الأرض مجرّداً عن الزرع لعدم التبعیه، کما تباع الدار ولا یباع معها المتاع الموجود فیها، ومن هنا، فإذا أراد أحدهما تقسیم الأرض وحدها أُجبر الممتنع، ولازم هذا أنه إذا طلب الآخر تقسیم الزرع أیضاً أُجبر الآخر علی ذلک لفرض الاستقلال.

قال: « فلو طلب قسمه الزرع، قال الشیخ: لم یجبر الآخر، لأن تعدیل ذلک

ص:۵۲۶

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۴.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۴.

بالسهام غير ممكن (۱)، وفيه إشكال، من حيث إمكان التعديل بالتقويم إذا لم يكن فيه جهاله» (۲).

أقول: مفاد هذا الكلام هو الاختلاف فى إمكان التعديل وعدم إمكانه، لكن الزارعين - وهم أهل الخبره بالتقسيم فى جميع الحالات - إذا توقّفوا فى كيفيه التقسيم، يبيعون الزرع ويقسّمون ثمنه.

قال: « أما لو كان بذراً لم يظهر، لم تصح القسمه، لتحقق الجهاله» (۳).

أقول: لا خلاف فى هذه المسأله، لأن البذر الذى يظهر من الأرض لا يمكن تقسيمه، لعدم المساواه بين الحب الموجود فى هذا الجريب من هذه الأرض وبين الموجود فى الجريب الآخر، وإن كان القدر المتعارف بين الزارعين لكلّ جريب معلوماً، ولأنه لا يعلم الفاسد من غيره فى البذر الموجود فى هذه الأرض، فما ذهبوا إليه من عدم صحّه القسمه حينئذ هو الصحيح، بل لا عرفيه للقسمه فى هذه الصوره.

قال: « ولو كان سنبلاً، قال أيضاً: لا يصح، وهو مشكل، لجواز بيع الزرع عندنا» (۴).

أقول: قال الشيخ فى (المبسوط) : « فإن كان بينهما أرض فيها زرع، فطلب

۱- ۱) المبسوط فى فقه الاماميه ۸: ۱۴۱.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۴.

۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۴.

۴- ۴) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۴.

أحدهما القسمه، فإما أن يطلب قسمه الأرض أو الزرع أو قسمتهما معاً، فإن طلب قسمه الأرض دون غيرها أجبرنا الآخر عليها، على أى صفه كان الزرع، حبّاً أو قصيلاً (۱)، أو سنبلاً قد اشتد، لأن الزرع فى الأرض كالمتاع فى الدار لا يمنع القسمه فالزرع مثله، وأما إن طلب قسمه الزرع وحده لم يجبر الآخر عليه، لأن تعديل الزرع بالسهام لا يمكن. وأما إن طلب قسمتها مع زرعها لم يخل الزرع من ثلاثه أحوال:

إما أن يكون بذراً أو حباً مستتراً أو قصيلاً، فإن كان حبّاً مدفوناً لم تجز القسمه، لأنا إن قلنا: القسمه إفراز حق فهو قسمه مجهول أو معدوم فلا تصح، وإن قلنا: بيع لم يجز لمثل هذا، وإن كان الزرع قد اشتد سنبله وقوى حبّه، فالحكم فيه كما لو كان بذراً وقد ذكرناه، وإن كان قصيلاً أجبرنا الممتنع عليها، لأن القصيل فيها كالشجر فيها، ولو كان فيها شجر قسّمت بشجرها كذلك هنا» (۲).

أقول: لم يتضح لنا وجه تفصيل الشيخ جيّداً، وإن حاول صاحب (الجواهر) بيانه، فلاحظ وتأمل.

۱- ۱) القصيل ما قطع من الزرع أخضر.

۲- ۲) المبسوط فى فقه الاماميه ۸: ۱۴۱.

المسأله الثالثه: (فی قسمه القرحان المتعدّده)

قال المحقق: « لو کان بینهما قرحان متعدده، وطلب واحد قسمتها بعضاً فی بعض، لم یجبر الممتنع» (1).

أقول: لو کان بین الشریکین أملاک متعدده، مستقل بعضها عن بعض، بحیث یری أهل العرف التعدد فیها والاستقلال - بخلاف مـا إذا کـان التعـدّد - تعـدّد الغرف فی دار واحـده، فإن العرف یری الملک واحـداً - فالمشـهور عـدم جواز الإجبار علی تقسـیم بعضـها ببعض، بـأن تجعـل قطعه من العقار فی مقابل قطعه، بخلاف ما إذا کان الملک واحـداً، فلا مانع من جعل غرفه فی مقابل غرفه.

وهذا یکون فی الدور المتعدده، والأراضی المتعدده، والدکاکین المتعدده، والحبوب المختلفه کالحنطه والشعیر، أما فی الثیاب - مثلًا - فیجوز مع التعدیل فی القیمه.

وکلمـات الأصـحاب فی عـدم الإجبار هنا مطلقه، أی سواء أمکن تقسـیم کلّ واحـد علی حـده أولا، وسواء کانت متجاوره أولا، وعن ابن البراج أنه قال: إذا اسـتوت الدور والأقرحه فی الرغبات قسمت بعضها فی بعض. قال: وکذا لو تضرر بعضهم بقسمه کلّ علی حده جمع حقه فی ناحیه.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۴.

وفى (الجواهر) التأمل فى تحقق هذه الشهره، لكن الظاهر تحققها - كما فى (المسالك) - ولم ينقل الخلاف فى (المختلف) و (مفتاح الكرامه) إلا عن ابن البراج قدّس سرّه، نعم، نقل موافقته عن بعض متأخرى المتأخرين كصاحب (المدارك) (۱).

وأشكل فى (الجواهر) فيه بأن ميزان التقسيم الذى يجبر عليه هو قاعده إيصال الحق إلى صاحبه، فإن أمكن التقسيم لكلٍّ على حده بلا ضرر، فالمتعين تقسيم كلّ واحد، ولا يجبر على تقسيم بعض ببعض، وإن لزم من ذلك ضرر أو لم يمكن أُجبر الممتنع، خلافاً للمشهور حيث منعوا عنه، وكان لازم منعهم بيع المال وتقسيم ثمنه كالجواهر الضيقه.

لكن وجه ما ذهب إليه المشهور هو: إنّ التقسيم عباره عن تمييز حق كلّ من الشريكين عن حق الآخر بعد أن كان لكلٍ منهما كلّى النصف، فإن كان الملك واحداً أمكن تقسيمه بالتناصف، وأما إذا كانا شريكين فى مالين مختلفين عرفاً كالغنم والإبل مثلاً فإن قلنا لأحدهما: أعط حقّك من الغنم فى مقابل حقّك فى الإبل، كانت معاوضه ومبادله عند العرف وليس تمييز حق عن حق.

وبعباره أُخرى: إن أدله القسمه منصرفه عمّا إذا كان الجزء المشاع متميزاً فى الخارج عند العرف، وإن موردها هو المال المتحد وان كان له أجزاء متعدده كالدار المحتويه للبيوت المتعدده.

فهذا وجه ما ذهب إليه المشهور، وما ذهبوا إليه هو الأظهر.

قال المحقق: « ولو طلب قسمه كلّ واحد بانفراده أُجبر الآخر، وكذا لو كان

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۳۵۵، مسالك الأفهام ۱۴: ۵۳.

بينهما حبوب مختلفه» (۱).

أقول: هذا لا خلاف فيه كما فى (الجواهر) (۲)ولا إشكال، لما تقدّم من أنه فى كلّ مورد أمكن التقسيم بلا ضرر، أُجبر الممتنع عنه على ذلك.

قال: « ويقسم القراح الواحد وإن اختلفت أشجار أقطاعه كالدار الواسعه إذا اختلفت لبنتها» (۳).

أقول: أى لأن الأصل هو الأرض، والأشجار توابع كالابنيه، كما عرفت سابقاً.

وعن الشيخ: ويفارق هذا إذا كانت الأقرحه متجاوره، ولكلّ قراح طريق ينفرد به لأنها أملاك متميزه، بدليل أنه إذا بيع سهم من قراح لم تجب الشفعه فيه بالقراح المجاوره له، وليس كذلك إذا كان القراح واحداً وله طريق واحده، لأنه ملك مجتمع بدليل أنه لو بيع بعضه وجب الشفعه فيه مما بقى، وأصل هذا وجوازه على الشفعه، فكلّ ما بيع بعضه فوجب فيه الشفعه فهو الملك المجتمع، وكلّ ما إذا بيع بعضه لم تجب فيه الشفعه لمجاوره كانت أملاكاً متفرقه» (۴).

قلت: إن الشيخ قدّس سرّه يعطى ملاك الوحده والتعدّد فى هذا المقام بهذا الكلام، وأما من حيث الفتوى فيوافق المشهور.

ولم يفرق المشهور فى الملك بين المتّحد سبباً والمختلف كالشراء والإرث وهو الصحيح، خلافاً لصاحب (الجواهر) حيث فرّق بينهما كما عرفت سابقاً.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۴ - ۱۰۵.
۲- ۲) جواهر الكلام ۴۰: ۳۵۹.
۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۵.
۴- ۴) المبسوط فى فقه الاماميه ۸: ۱۴۵.

قال المحقق: « ولا تقسم الدكاكين المتجاوره بعضها فی بعض قسمه إجباره، لأنها أملاک متعدده یقصد کلّ واحد منها بالسکنی علی انفراده، فهی کالأقرحه المتباعده» (۱).

أقول: وعن العلامه فی (الإرشاد) الحکم بأن الدکاکین المتجاوره یقسم بعضها فی بعض دون الدور والأقرحه (۲)، وظاهر (الجواهر) (۳)موافقته علی ذلک قال: إنها واحده، لأن الأصل الأرض والبناء تابع، فالدکاکین کبیوت الدار، ولعلّه لذا حکم فی (الإرشاد) بالجبر، وهو کذلک مع فرض عدم إمکان قسمه کلّ واحد منها بانفراده. وفیه: إن الأرض التی علیها الشجر تکون أرضاً واحده عند العرف وإن کان شجرها مختلفاً، لأن الأشجار توابع للأرض، فیجوز تقسیم البعض منها ببعض، وکذا الأمر فی الدار، لکن نظر العرف فی الدکاکین إلی البناء والأرض تابع له، ولذا یقولون: باع زید الدکان، أما فی الأرض المشجّره فیقولون: باع زید الأرض.

مضافاً إلی أن المتحقق عند العرف فی مورد الدکاکین هو المعاوضه والمبادله، بخلاف الحال بالنسبه إلی بیوت الدار، فهذا المورد مصداق للإفراز عندهم دون ذاک.

ص:۵۳۲

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۵.

۲- ۲) إرشاد الاذهان ۱: ۴۳۴.

۳- ۳) جواهر الکلام ۴۰: ۳۵۹.

النظر فی اللّواحق وهی ثلاث:

الأولی: (لو ادعی بعد القسمه الغلط)

قال المحقق: « إذا ادّعی بعد القسمه الغلط لم تسمع دعواه، فإن أقام بینه سمعت وحکم ببطلان القسمه، لأنه فائدتها تمییز الحق ولم یحصل، ولو عدمها فالتمس الیمین کان له إن ادّعی علی شریکه العلم بالغلط» (۱).

أقول: لا فرق بین أن نأخذ (الغلط) بمعنی الإشتباه أو بمعنی عدم صحّه التقسیم وإن کان عن عمد. وقوله (لم تسمع دعواه) أی مع عدم البینه، ومن المدّعی علیه الغلط؟ إنه القاسم، وقال ثانی الشهیدین: « لا فرق فی عدم سماع دعوی الغلط فی القسمه بمجرّدها بین کون القاسم منصوب الامام ومن تراضیا به وأنفسهما، لأصاله صحه القسمه إلی أن یثبت المزیل، ولأن منصوب الإمام کالقاضی لا یسمع الدعوی علیه بالظلم» (۲).

قال المحقق الآشتیانی قدّس سرّه: « وقد تنظرّ فیه الاستاد العلامه بأن مرجع

ص:۵۳۳

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۵.
۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۴: ۵۵.

دعوی الغلط فی القسمه إلی إنکار أصل القسمه، فلیس هناک قسمه مسلم الوقوع بین الشریکین قد وقع النزاع فی صحتها وفسادها حتی یحکم بصحتها، ولا ـ یتوهّم جریان هذا الإشکال فی سایر المقامات أیضاً، بأن یقال إن مرجع نزاع المتبایعین فی صحه البیع وفساده إنکار أصل البیع، فإن البیع العرفی هناک متحقق مسلم الوقوع بینهما، وإنما یدعی أحدهما فساده من جهه عدم مراعاه بعض ما اعتبر فیه شرعاً، وهذا بخلاف المقام، فإن مرجع النزاع فیه إلی إنکار أصل القسمه العرفیه، ضروره أن القسمه من دون التعدیل لا تسمی قسمه عرفاً أیضاً، والحاصل أن القسمه عباره فی العرف عن التمییز والإفراز حسبما عرفت سابقاً، فإن سلم وقوعها فلا معنی لدعوی غلط أحد الشریکین فیها، وإلا فمرجع النزاع إلی أصل وقوعها» (۱).

قلت: حاصل کلامه عدم انقسام القسمه إلی الصحیحه والفاسده، بل أمرها یدور بین الوجود والعدم، ولیس الأمر کما ذکره، بل فی القرآن الکریم: «Bتِلْکَ إِذاً قِسْمَهٌ ضِیزیٰ» (۲).

قال الآشتیانی: « ثم أجاب دام ظلّه عن الإشکال المذکور بوجهین، أحدهما:

أن یکون المراد بالقسمه هی صورتها، لا القسمه الحقیقیه فیقال: إن الأصل صحّه ما وقع من صوره القسمه المسلمه بینهم» .

قلت: ولم یتّضح لنا معنی هذا الکلام.

قال: « ثانیهما: أن یکون المراد منها سبب القسمه، أی فعل القاسم الذی هو

ص:۵۳۴

۱- ۱) کتاب القضاء للاشتیانی: ۳۲۶.

۲- ۲) سوره النجم ۵۳: ۲۲.

سبب لتحقق التميز، فإنه قد يقع ولا يترتّب عليه التميز والإنعزال، وقد يقع ويترتب عليه، وقد يقع ويشك فی ترتبه عليه، فالأصل الترتب نظراً إلى أصاله الصحه فی الفعل الواقع من المسلم» (۱).

وكيف كان: «فإن أقام بيّنه سمعت وحكم ببطلان القسمه» وذلك كما قال المحقق «لأن فائدتها تمييز الحق ولم يحصل» التمييز، لبقاء مقدار من حق أحدهما فی سهم الآخر، وطريق إقامه البيّنه - كما فی (المسالک) - أن يحضرا قاسمين حاذقين لينظر أو يمسحا ويعرفا الحال ويشهدا (۲)، فإن شهد القاسم - وآخر معه - بصحه القسمه قال العلامه: إن كان عمله بأُجره فهو متهم وإن كان مجاناً اعتبرت الشهاده ووقع التعارض بين البينتين (۳)، لكنه مشكل - كما فی (الجواهر) - لأن شهاده الإنسان فی حق نفسه غير مسموعه، بل لا تقبل فی عمل الغير الذی يرجع إليه، نفعه، نعم، يكون قوله حجه فی صوره شک أحد الشريكين والسؤال منه من دون مرافعه.

وكيفيه إقامه الدعوى عند الحاكم على القاسم أن يقول للحاكم: لقد قامت البينه عندی على وقوع الخطأ فی القسمه فيقول له: أحضرها، كذا عن (مفتاح الكرامه) وقيل: لا تسمع الدعوى على قاسم الحاكم حتى مع البيّنه، وهذا مشكل.

فظهر أن الدعوى لا تسمع مع عدم البينه، فإن كان له بينه وأقامها سمعت وترتب الأثر على ذلک.

ولو عدم المدعی البينه، فهل له التماس اليمين؟ قال المحقق: كان له... فمن

۱- ۱) كتاب القضاء للآشتيانی: ۳۲۶.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۴: ۵۵.

۳- ۳) قواعد الأحكام ۳: ۴۶۵. ما نقل عن العلامه مفهوم كلامه لا صريح كلامه.

يكون الحالف حينئذ القاسم أو الشريك؟ قال المحقق: الشريك. وهل يحلّفه مطلقاً؟ قال المحقق: لا، بل إن أدّعى على الشريك العلم بالغلط.

وتوضيح ما ذهب إليه المحقق هو: إنه إن أدعى على الشريك علمه بالغلط - بأن يقول له علمت بالغلط قبل انتهائه أو يدّعيه عليه بعد العمل - فإن أقرّ الشريك فلا كلام، وإن أنكر أحلفه الحاكم، فإن حلف على نفى العلم سقطت الدعوى، وإن نكل ثبتت الدعوى بناء على ثبوتها بالنكول، وأما على القول بعدم كفايه النكول ردّ اليمين على المدعى، فإن حلف ثبتت وإلا سقطت.

أما القاسم فلا يحلف، لأنه إن حلف بعدم الغلط كانت النتيجه للغير وهو المدعى عليه، وإن أقرّ لا يعتبر إقراره، لأن نفعه يعود إلى المدّعى، والمفروض أن الشريك لا يصدقه.

فإن كان القاسم منصوباً من قبل الحاكم فلا يحلف بالأولويّه.

وقال جماعه بجواز حلف الشريك على نفى الواقع، بل قيل إنه المشهور بين الأصحاب خلافاً للمحقق.

ولو أنهما قسّما المال بأنفسهما، فادعى أحدهما وقوع الغلط وأنكر الآخر، فلا يحلف المنكر مع عدم البينه إلا على نفى العلم بالغلط والاشتباه.

هذا كلام المحقق، وقد وافقه فى (الجواهر) خلافاً للآخرين.

أقول: والحق ما ذهب إليه المحقق، لأن القاسم لا يحلّف، لأن يمينه فى حق الغير ولا يحلف الشريك على نفى الواقع، لأنه فى فعل الغير، فتبقى اليمين على نفى العلم، وكذا الأمر فيما إذا قسما بأنفسهما، فإنه لا يمكن إحلاف الشريك على نفى الواقع، مع أن المدّعى قد شاركه فى هذا التقسيم حسب الفرض.

ص:۵۳۶

وقال المحقق الكنى ما حاصله (١): إن الغلط يكون تاره: بمعنى المصدر المبنى للفاعل، وعليه، فلا يمكن إحلاف الشريك على نفى الغلط من القاسم، وأخرى: يكون بمعنى المصدر المبنى للمفعول، فهنا يجوز إحلافه وله الحلف على نفى وقوع الغلط إن كان عالماً، فمن قال بعدم الجواز، فقد أخذ الغلط بذاك المعنى، ومن قال بالجواز أخذه بهذا المعنى. وبذلك يجمع بين القولين.

أقول: وبناء على كون (الغلط) بمعنى المصدر المبنى للمفعول، يمكن أن يكون المدّعى عليه هو الشريك، كما إذا كان بنفسه دخيلاً فى القسمه أو ناظراً لها، وحينئذ يكون حلفه فى فعل نفسه، وكذا لو ادّعى عليه وجود شيء من حقه فيما بيده من المال، فله أن يحلف على القطع والبت إن كان عالماً وإلا ردّ.

ولعلّ هذا هو مراد من نصّ على جواز إحلاف الشريك وإن لم يدّع عليه العلم.

ص:٥٣٧

١- ١) كتاب القضاء: ٤٢٣.

الثانیه: (إذا أقتسما ثم ظهر البعض مستحقاً)

قال المحقق قدّس سرّه: « إذا اقتسما ثم ظهر البعض مستحقا، فإن كان معیناً مع أحدهما بطلت القسمه، ولو كان فیهما بالسویه لم تبطل ط ولو كان فیهما لا بالسویّه بطلت. . .» (۱).

أقول: قال الشیخ قدّس سرّه فی (المبسوط) : « إذا كانت یدهما علی ضیعه ثلاثین جریباً فاقتسماها نصفین، فبان ثلثها مستحقاً، فإن المستحق یتسلم حقّه، وأما القسمه فلا یخلو المستحق من أحد أمرین، إما أن یكون معیناً أو مشاعاً، فإن كان معیناً نظرت فإن حصل فی سهم أحدهما بطلت القسمه، لأن الإشاعه عادت إلی حق شریكه، وذلك أن القسمه تراد لإفراز حقه عن حق شریكه، فإذا كان بعض ما حصل له مستحقاً كان حقه باقیاً فی حق شریكه، فأما إن وقع المستحق فی نصیبهما معاً نظرت، فإن وقع منه مع أحدهما أكثر مما وقع مع الآخر، بطلت القسمه أیضاً لما مضی، وإن كان فیهما سواء من غیر فضل أخذ المستحق حقه وینصرف، وكانت القسمه فی قدر الملك الصحیح صحیحه، لأن القسمه إفراز الحق وقد أفرز كلّ واحد منهما حقّه عن حق شریكه، هذا إذا كان المستحق معیّناً، وأمّا إن كان

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۵.

مشاعاً. . .» (۱).

فنقول: إذا اقتسم المتقاسمان المال بينهما، ثم ظهر كون بعض المال مستحّقاً لغيرهما، فتاره: يكون المال المستحق للثالث معيّناً، وأخرى: يكون مشاعاً، فإن كان معيّناً فهنا صور:

الأُولى: أن يكون المال المستحق مع أحدهما دون الآخر، فهنا تبطل القسمه بلا إشكال ولا خلاف، لبقاء الشركه حينئذ فى النصيب الآخر، لعدم تحقق التعديل بين النصيبين.

والثانيه: أن يكون المال المستحق فى مال المتقاسمين كليهما بالسويّه، وهنا لا تبطل القسمه بلا خلاف ولا إشكال، لأن الغرض من القسمه - وهو إفراز كلّ واحد من الحقّين عن الآخر - حاصل، فالقدر المسلّم به زوال الشركه الكائنه بينهما بهذه القسمه، وأما كون الثالث شريكاً مع كلٍّ واحد، فهذا فيه بحث سيأتى. وما عن بعض العامّه من احتمال بطلان القسمه هنا لتبعض الصفقه، ضعيف، لأنه مبنى على أن القسمه بيع، وقد تقدّم أنها معامله مستقله وليست ببيع.

والثالثه: أن يكون المال المستحق فيهما لا بالسويّه، ففى هذه الصوره تبطل القسمه، لعدم تحقق الشرط فى القسمه وهو التعديل بعد إخراج سهم الثالث. وحيث يتحقق التعديل فيحكم بصحه القسمه، كما فى الصوره الثانيه، فلا حاجه إلى تقييد ذلك بما إذا لم يحدث نقص فى حصّه أحدهما بأخذ المال المستحق، ولم يظهر به تفاوت بين الحصّتين، مثل أن يسدّ طريقه أو مجرى مائه أو ضوئه، لوضوح

ص:۵۳۹

۱- ۱) المبسوط فى فقه الإماميه ۸: ۱۴۲.

بطلان القسمه حينئذ، لعدم تحقق التعديل.

وكذا الأمر لو ظهر فى نصيب أحدهما عيب، وقيل هنا بعدم البطلان بل هو مخيّر بين أخذ الأرش والفسخ بالإقاله. وفيه: إن أدلّه الإقاله لا تأتى فى القسمه، لأنها ليست ببيع كما تقدّم (۱).

وكذا لا يأتى فى القسمه خيار الغبن لما ذكرنا.

ولما ذكرنا أيضاً: لا حرمه لما يحدثه أحدهما فيما بيده من بناء ونحوه لو ظهر الاستحقاق - بخلاف البيع، فإن ذلك له حرمه لو أرادا الفسخ - فيكون نظير ما إذا بنى داراً على أرض ظانّاً بأنها ملكه فبانت لغيره، فلا يستحق شيئاً على صاحب الأرض - إلا إذا كان مغروراً فإنه يرجع على من غرّه - نعم له نقل الأعيان التى تكون له مع الإمكان، وكذا لو استعار كتاباً ثم صحّحه ظانّاً بأن ملكه، فليس له مطالبه أجره فى مقابل عمله من مالكه.

نعم، لو كان الحاكم هو السبب فى الضرر، أمكن القول بكون الضرر على بيت المال.

هذا كلّه إن كان المستحّق معيناً.

قال المحقق قدّس سرّه: « وإن كان المستحق مشاعاً معهما، فللشيخ قولان (۲):

ص:۵۴۰

۱- ۱) اللهم إلا أن يقال بجريان عمومات الإقاله فى كلّ معاهده، سواء كانت حاصله بالعقد أو غيره، لأن الإقاله هى بمعنى إزاله الأثر. فتأمّل.

۲- ۲) قال الشيخ (المبسوط ۸: ۱۴۲) : « وأما إن كان مشاعاً فى الكلّ، بطلت فى قدر المستحق ولم تبطل فيما بقى، وقال قوم تبطل فيما بقى أيضاً، والأول مذهبنا، والثانى أيضاً قوى، لأن القسمه تميز حق كلّ واحد منهما عن صاحبه، وقد بان أنه على الإشاعه. والعلّه الجيّده فى ذلك أنهما اقتسماها نصفين وثلثها لثالث غائب، ومن قسم ما هو شركه بينه وبين غيره بغير حضوره، كانت القسمه باطله، ويفارق هذا البيع، لأن لكلّ واحد من الشريكين أن يبيع نصيبه بغير إذن شريكه» .

أحدهما: لا تبطل فيما زاد عن المستحق، والثاني: تبطل، لأنها وقعت من دون إذن الشريک، وهو الأشبه» (۱).

أقول: لو ظهر كون ثلث الأرض مستحقاً لغيرهما، فإن كان مع سهم كلا الطرفين، شارک كلا منهما فيما وصل إليه بالإشاعه، فالقسمه بين المقتسمين متحققه وليس الكلّ شركاء فی الكلّ، لكن شركه الثالث معهما يتوقّف على الإذن، وحينئذ فهل يؤثّر رضاه بعد تلک القسمه التی أدّت إلى هذه الشركه فضوله؟ الظاهر ذلک، كما إذا كان أخوان شريكين فی مال فمات أحدهما، فقسّم المال بين الباقی منهما وابن الميت، ثم ظهر للولد أخ، فإنه يشترک مع أخيه فی النصف مشاعاً، ويستقل عمّهما بالنصف الآخر، فإذا حضر الأخ وأجاز القسمه هذه صحّت، وفيما نحن فيه، إذا أجاز المستحق كان شريكاً معهما، بمعنى انحلال الشركه الاولى وحدوث شركه جديده، فيكون نظير ما إذا قسّم المال المشترک بين أربعه إلى قسمين يشترک كلّ اثنين منهما فی قسم.

وكما لو كان عبدان مشتركين بين اثنين بالتناصف، وكان أحدهما يسوى عشرين ديناراً، والآخر يسوى عشره دنانير، فلو طالب أحدهما الاستقلال فی تملّک الرخيص منهما جاز، فيكون الرخيص مع ربع النفيس لهذا، وتبقى ثلاثه أرباع النفيس للآخر، فقد تبدّلت شركتهما بهذه القسمه إلى نحو آخر من الشركه، ولما ذكرنا قال فی (الجواهر) (۲): ربما ظهر من تعليل المصنّف وغيره الصحّه مع الإذن، على أن تكون حصته مشاعه معهما، وحينئذ فلحوقها كاف.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۵.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۰: ۳۶۶.

وبـالجمله: إذا أمضـى يكون شـريكاً مع كـلّ واحـد فيما بيـده بالنصف مشاعاً فى الفرض المـذكور أوّلاً، وهـذا كلّه فيما إذا كان التقسيم بالتعديل، وإلا بطلت القسمه.

ولو كـان فى سـهم أحـدهما حيوان مثلاً، فتلف، فإن كانت القسـمه صـحيحه فهو فى ملكه، وإن كانت باطله ثبت الضـمان، سواء كان التلف بسببه أو بسبب غيره، لأن المأخوذ بالقسمه الباطله حكمه حكم المأخوذ بالعقد الفاسد.

ص:۵۴۲

الثالثه: (لو قسّم ترکه الميت ثم ظهر عليه دين)

قال المحقق قدّس سرّه: « لو قسّم الورثه ترکه ثم ظهر على الميت دين، فإن قام الورثه بالدين لم تبطل القسمه، وإن امتنعوا نقضت وقضى منها الدين» (١).

أقول: مذهب المحقق قدّس سرّه هو أن الترکه تبقى على حکم مال الميت، فإن أدّى الورثه الدين کان لهم المال، وإلا کان للديّان أخذ الترکه فی مقابل حقّهم، وبعباره اخرى: إنه يتعلّق بالترکه حق الورثه، بأن تکون لهم بعد أداء دين مورّثهم، ويتعلّق بها حق الديان. بأن يأخذوها فی مقابل الدين إن امتنع الورثه عن أدائه، فتکون الترکه مورداً لتعلّق حقّين طوليين، کالمال المرهون.

وقال العلامه فی (القواعد) : « ولو قسم الورثه الترکه وظهر دين، فإن أدّوه من مالهم، وإلا بطلت القسمه، ولو امتنع بعضهم من الأداء بيع من نصيبه خاصّه بقدر ما يخصّه من الدين، ولو اقتسموا البعض وکان فی الباقی وفاء، اُخرج من الدين، فإن تلفت قبل أدائه کان الدين فی المقسوم إن لم تؤدّ الورثه» (٢)وحاصل العباره: إن الورثه يملکون الترکه ملکيه متزلزله، فإن أدّوا الدين استقرّت وإلا أخذ الديان الترکه.

ص:۵۴۳

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ١٠۵.

٢- ٢) قواعد الأحکام ٣: ۴۶۶.

وكيف كان، فإن قسّم الورثه التركه وظهر الـدين، فتاره: يكون الدين مسـتوعباً لها، واخرى: لا يكون كذلك، فبناءاً على مختار (القواعـد) وبعضـهم قـد قسـموا مالاً هو لهم، فالقسـمه صـحيحه، وحينئذ يتعلّق حق الديّان - المتعلّق سابقاً بكلّى التركه - بالسـهام المتشـخصه بالتقسـيم والمتحققه خارجاً بيـد كلّ واحد من الورثه، فإن أدّوا جميعهم الدين فقد اسـتقرّ ملكهم، وإن أدّى بعضـهم دون بعض، فقد استقرّت مالكيه من أدّى دون من امتنع.

قـد يقـال: إن هـذه التركه تكون كالمال المرهون الـذى ليس لصاحبه، ولا يجوز للمرتهن التصـرف فيه إلا مع إذن الآخر، فكيف تكون قسمه الورثه للتركه صحيحه بدون إذن الديّان، حتى يتشخص بهذه القسمه متعلّق حقّهم بعد أن كان كلّياً؟

لكن يمكن الجواب عنه: بأنه لا مانع من التصـرّف غير المنافى لحق الديّان، فإن أدله الإرث والقسـمه تقتضـى جواز التقسـيم، ولا يعارض ذلك مقتضـى أدلّه وجوب أداء الدين، غير أن متعلّق حق الديان أصـبح شخصيّاً بعد أن كان كلّياً، وهذا لا مانع منه، لأنه يكون نظير مـا إذا أدّوا نصف الـدين قبـل التقسـيم وبقى النصف الآـخر، نعم، لو كـان الشأن بحيث إذا لم يؤدّ جميع الـدين كان جميع التركه كالمال المرهون من حيث عـدم جواز التصـرف فيه إلا مع الإذن، بطلت القسـمه وإن لم يمتنع بعض الورثه عن أداء ما عليهم.

وعليه، فلو مـات المورّث وعليه الخمس، واقتسم الورثه التركه، فأدّى بعضـهم ما عليهم وامتنع البعض الآخر، فعلى التقـدير الأول: يكون من أدّى ما عليه بالنسـبه - من المال الواجب أداؤه من جهه الخمس الـذى كان على الميت - مالكاً لما بيده، ومن امتنع لم يجز له التصرف فيما بيده، وعلى التقدير الثانى: لا يجوز

لأحد منهم التصرف فيما بيده حتى يدفع الخمس كلّه. إلا أن فى هذا المورد بالخصوص نصّاً يقتضى الوجه الأول (١).

إذن، يصحّ التقسيم بناءاً على الملكيه المتزلزله إلا فى الصوره المذكوره، وإن هذا المقدار من التصرف بدون إذن الديّان لا مانع منه لعدم منافاته لحقهم، فيكون نظير ما إذا اشتريا مالاً مع خيار الفسخ للبائع مده معينه، فلا مانع من أن يقسما المال بينهما، فإن أخذ البائع بالخيار فى المده، استرجع ما فى يد كليهما ولا إشكال فيه.

وأما على مبنى المحقق، فيشكل بأنه كيف تصحّ القسمه فى مال الغير؟ وكيف يباع سهم الممتنع عليه مع أنه للغير؟

وأُجيب: بأن المال وإن لم يكن للورثه، إلا أنه متعلّق لحق شرعى لهم، فحيث أدّوا الدين تنتقل التركه إليهم وتكون ملكاً لهم، فهم فى الحقيقه قد قسّموا مالاً متعلّقاً لحقّهم، ويملك كلّ واحد منهم ما وقع إليه، بأداء المقدار المتعلّق من الدين به، ويكون الحاصل: صحّه القسمه بالنسبه إلى من أدّى وبطلانها بالنسبه إلى من امتنع، بمعنى عدم جواز تصرّفه فيما وقع إليه لا بمعنى بطلان القسمه.

ولو ظهرت وصيّه تمليكيّه بعد القسمه، فإن كانت بإنشاء تمليك مال بعد الموت، فتماميتها تتوقّف على قبول الموصى له، فإن قبل كان المال ملكاً له، وإن

١- ١) عن إسحاق بن عمار عن أبى عبد اللّه عليه السلام « فى رجل مات فأقرّ بعض ورثته لرجل بدين. قال: يلزمه ذلك فى حصته) وسائل الشيعه ١٩: ٣٢۴ باب ٢۶ / اذا أقر واحد. وعن أبى البخترى وهب بن وهب عن جعفر عن أبيه عليه السلام قال: « قضى على عليه السلام فى رجل مات وترك ورثه، فأقرّ أحد الورثه بدين على أبيه: إنه يلزمه ذلك فى حصّته بقدر ما ورث، ولا يكون ذلك عليه من ماله كلّه. . .» التهذيب ٩ / ٣٧٢ (٢٣) .

كانت وصيه بتمليك مال إليه، فإن ملّكه الوصى كان ملكه، وإلا كان فى حكم مال الميت، فلا يتصرف فيه أحد ولا يقسّم بين الورثه.

ومحلّ الكلام فيما إذا قسّم المال ثم ظهر كونه مورداً للوصيه التمليكيّه، ففى (الدروس) (۱)و (المسالک) (۲)إنه إن كانت الوصيّه وصيه مال من غير إضافه لها إلى مال معين، كانت كالدين، وإن كانت مضافه كأن يوصى بدفع عشر ماله مثلًا، كانت كالمال المستحق فى الحكم المذكور سابقاً.

أقول: جعلهم الوصيه فى الصّوره الاولى كالدين، فيه تأمّل، لأنه فى الدين ذمه الميت مشغوله، وأما إذا قال: إدفعوا من مالى مأه أو ادفعوا هذه المائه، كان المال للموصى له مع قبوله بعد موت الموصى، لا باقياً فى حكم مال الميت حتى يكون كالدين، ولا للوارث كما اختار صاحب (الجواهر) (۳)فى الدين، ولا يصحّ أن نعتبر الآن اشتغال ذمّته بعد الموت، إذ لا عرفيّه لذلک.

ولو أرسل وقال: إدفعوا مائه، فإنه لا مناص من أن يجعل من المال بمقدار المائه للموصى له، فلو عادلت المائه عشر المال كان العشر له بالإشاعه، ويمكن أن يكون كالصّاع من الصّبره، وحينئذ، يكون لهم التصّيرف فى المال، حتى إذا بقى المقدار الموصى به وانحصر الكلّى فى الفرد، منعوا من التصرّف فيه، لأنه ملک للموصى له.

بخلاف ما إذا كان بنحو الإشاعه، فلا يجوز التصرّف فى شىء من المال إلا بإذن الموصى له، لأن المفروض أنه يشاركهم فى كلّ جزء جزء من المال. وكيف كان

۱- ۱) الدروس الشرعيه ۲: ۱۱۹.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۴: ۵۸.

۳- ۳) جواهر الكلام ۴۰: ۳۶۸.

فليس هذا كالدين.

وبناءاً على ما ذكرنا، يكون حكم قسمه هذا المال حكم قسمه المال الموجود فيه مال مستحق لغير الوارث، وقد تقدّم الكلام عليه.

ولا يبعد أن تكون القسمه صحيحه حتى لو كان مع التصرّف المحرّم لعدم الإذن - نظير ما إذا غصب مالاً وباعه لنفسه معاطاه فضوله فأجاز المالک، فالبيع صحيح وإن كانت تصرفاته محرّمه، لجواز اجتماع الحكم التكليفى - وهو حرمه التصرف - مع الحكم الوضعى وهو الصّحه. ولو كان مورد القسمه أرضاً فقسّموها، فوقع مجرى ماء أحد السهمين فى السهم الآخر، لم يجز لصاحب هذا منع الماء، ولو قسموا داراً كبيره لها بابان، فكان لكلّ من السهمين باب، فلا يجوز لأحدهما الدخول من باب الآخر - إلا مع إذنه - وإن كان هذا الباب أوسع أو أقرب، بخلاف ما إذا كان للدار باب واحد ولا يمكن إحداث باب آخر، فلا يجوز لهذا منعه.

هذا، وهل لولّى الطفل أو المجنون المطالبه بالقسمه؟ إن كان فى القسمه مفسده للمولّى عليه، فلا ريب فى العدم، وهل يكفى عدم المفسده أو يشترط وجود المصلحه له؟ قولان، ومع تساوى الأمرين ف الشركه وعدمهاف من حيث المصلحه، فهل يجوز له أن يطالب بالقسمه؟ قولان، وقيل: فى هذه الصوره تكون أُجره القسّام على الولى نفسه.

أقول: والأحوط أن لا يطالب الولى بالقسمه إلا فى صوره وجود المصلحه للمولّى عليه، لأن الاجره تكون على المولى عليه لا على الولى.

وحيث يطلب الشريک القسمه ولا مفسده للمولى عليه، فهل يجبر الولى؟ الظاهر ذلک، وكذا العكس لكن عليه الاجره.

ص:۵۴۷

الكلام فی: أحكام الدعاوی

تعريف المدّعی:

اختلفت كلمات الأصحاب فی تعريف « المدعی» الذی استفاض ذكره فی نصوص كتاب القضاء، فعرّفوه بتعاريف:

قال المحقق: « وهو الذی يترك لو ترك الخصومه» أی: هو الذی يخلّی سبيله ويسكت عنه لو سكت عن الخصومه. وهذا التعريف للمحقق وجماعه بل قيل إنه المشهور.

« وقيل هو الذی يدّعی خلاف الأصل أو أمراً خفيّاً» (1)أی: منافياً للظاهر الشرعی قال فی (الجواهر) « وعن بعضهم حكايه التفسير بالمعطوف خاصه عن بعض، وبالمعطوف عليه خاصه عن آخر. وحينئذ تكون الأقوال أربعه» (2).

وقد نوقش الأول بعدم الإنعكاس أو عدم الإطّراد، فقد يترك المدّعی الدعوی أو المدّعی عليه وتبقی الخصومه، فلو أودع مالاً عند شخص فادّعی ردّه عليه فأنكر صاحب المال، لم يترك المدّعی لو ترك دعوی الرد بل يطالب بالرد.

وأجاب فی (الجواهر) بأن مطالبه المدّعی باليمين والمنكر بالبينه لا يخرج المدّعی عن كونه مدّعياً، بل ذلك مقتضی الدليل الشرعی فی بعض الموارد بنحو التخصيص.

1- 1) شرائع الإسلام 4: 106.

2- 2) جواهر الكلام 40: 371.

وفی (العروه) : إن هنا دعویین، احداهما: الإیداع عنده، والثانیه: دعواه الردّ، فلو ترک هذا دعوی الرد انتفت الخصومه الثانیه، ولکن الاولی باقیه (۱).

والمراد من « الأصل» فی التعریف الثانی هو القاعده الکلّیه، أعمّ من الأصل والأمارات کالید والإستصحاب، فالأصل فی الید دلالتها علی الملکیّه، فمن ادّعی علی خلاف مقتضاها قیل له أنت تدّعی خلاف الأصل.

وقد یراد من « الظاهر» معنی غیر « الأصل» ، کما لو أرخی الزوجان الستر ثم اختلفا فی الدخول، فادّعته الزوجه وادّعی الزوج العدم، کانت دعوی الزوج مخالفه للظاهر.

ولو أسلم الزوجان، فادّعت الزوجه التقارن فالنکاح باق، وأنکر الزوج فهو باطل، فإن مقتضی الأصل هو عدم الإسلام المقارن، وأصاله عدم المقارنه مثبته.

هذا، ولکن الأولی - وفاقاً للجواهر - هو الرجوع إلی العرف فی تشخیص المدّعی من المنکر، وفی مورد التداعی - حیث یصدق « المدّعی» علی کلیهما - یطالبان معاً بالبینه، وحیث یشک یعیّن المدعی من المنکر بالقرعه.

وفی العرف: المدّعی هو من یرید إثبات حق له علی غیره فیطالب به عند الحاکم، أو یرید التخلّص من حقٍ لغیره علیه، کأن یدّعی إرجاع الأمانه وتسلیم الودیعه وأداء الدین.

فیکون الحاصل وجوب إقامه البینه علی من کان عند العرف مدّعیاً والیمین علی من کان عندهم منکراً، لأن الخطابات الشرعیه مثل « البینه علی المدعی

۱- ۱) العروه الوثقی ۳: ۳۵.

واليمين على المـدّعى عليه» أو « على من أنكر» ونحوها، ملقاه إلى العرف العام، وليس للشارع جعل خاص لموضوعات الأحكام فى هـذه الموارد – وإن قيل بـذلك فى خصوص المدّعى – فتشـخيص الموضوع بيد العرف، نعم، قد يخطأ العرف فى تشـخيص موضوع من موضوعـات الأحكـام، وحينئـذ لاـ يوكـل الشـرع الأـمر إلى العرف فى ذاك المورد، بل يعيّن موضوع حكمه بنفسه، وهذا لا ينافى كون خطاباته ملقاه إلى العرف.

فـالتحقيق فى المقـام ما ذكرناه، ومن عرّف المـدّعى بنحو من الأنحاء المـذكوره، فقـد لحظ المعنى الأكثر انطباقاً فى الموارد فى نظره، وجعله عنواناً كلّياً، وإلا فلا دليل فى الكتاب والسنه ولا قرينه على تعيين أحد تلك التعاريف.

وحيث عيّن العرف المدّعى – ولم يخطّئه الشارع – توجّه إليه الوظيفه الشـرعيه فى إقامه الدعوى، سواء ترك المخاصمه لو ترك أولا، وسواء كانت دعواه مخالفه للأصل أو الظاهر أو موافقه.

ثم إنه قد يختلف الأمر باختلاف مصبّ الدعوى.

ففى الإجاره مثلاً قـد يـدّعى المسـتأجر وقوع الإجاره بمائه، ويـدّعى الموجر وقوعها بمأتين، فهنا كلّ منهما يـدّعى شـيئاً وينكر ما يـدّعيه الآخر، فيقع التـداعى وعليهما البينه، وقـد يكون مصبّ الـدّعوى المأه المختلف فيها، وحينئـذ يكون القائل بالمأتين – وهو الموجر – مـدّعياً وعليه إقـامه البينه، والمسـتأجر منكراً وعليه اليمين، فـإن أقـام الموجر البيّنه ثبتت المأه على المسـتأجر وإلا حلف وسقطت دعوى الموجر.

وفى الدين: إن طالب الدائن بالمال وأنكر المدين، كان الأول هو المدّعى، وإن قال المدين: قد أديت الدين، انقلب مدّعياً وكان عليه إقامه البيّنه على الأداء.

وفی البیع، کأن یقول بعت بعشرین، ویقول المشتری: بل بعشره، أو یقول: بعتک بعشرین دیناراً من ذهب، فیقول المشتری: بل من فضّه، أو یقول: بعتک هذا الشیء، فیقول: بل وهبتنی إیّاه، وتظهر الثمره فی الفرض الأخیر عند تلف العین مع الفساد، فإن کان الواقع بیعاً فاسداً ضمن الآخذ، وإن کان هبه فاسده لم یضمن.

ولو کان مورد المخاصمه هو الضمان، فهذا یدّعی اشتغال ذمه الآخر وذاک ینکر، وحینئذ یکون الملاحظ نتیجه النزاع، ولا ینظر إلی الإختلاف فی عنوان المعامله وأنها کانت هبه أو بیعاً، أمّا إذا کان مورد النزاع هذه الناحیه، فإنه یقع التعارض بین الدعویین، لجریان أصاله العدم فی کلا الطرفین.

ومع الجهل بمصبّ الدعوی ومورد المخاصمه یعیّن بالقرعه.

وکیف کان، فإن الملاحظ هو نظر العرف فی تعیین المدّعی والمنکر، ویؤخذ بنظر الإعتبار مصبّ الدعوی، إذ الأمر یختلف باختلافه کما مثّلنا.

الشروط المعتبره فی المدّعی:

(البلوغ)

وکیف کان، فقد ذکر المحقق قدّس سرّه الشروط المعتبره فی المدّعی بقوله: « ویشترط فیه: البلوغ، والعقل، وأن یدّعی لنفسه أو لمن له ولایه الدعوی عنه، وما یصح منه تملّکه، فهذه قیود أربعه، فلا تسمع دعوی الصغیر» (۱).

أقول: الشرط الأول الذی ذکره هو « البلوغ» ثم قال: « فلا تسمع دعوی الصغیر» وعندنا فی اعتبار هذا الشرط بنحو الإطلاق تأمّل ونظر إلا أن یکون إجماع، لأن دعوی انصراف أدلّه القضاء عن دعوی غیر البالغ، ضعیفه، لأن

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۶.

الغرض من نصب القاضی حفظ الحقوق والنظام، وإن اللّه عز وجل لا یرضی بضیاع حقوق غیر البالغین، ومثلها دعوی أن المتبادر من أدلّه القضاء وسماع الدعوی هو کون المدّعی بالغاً، فإن فی تلک الأدله عمومات وإطلاقات تشمل الصغیر قطعاً، کقوله تعالی: «Bفَاحْکُمْ بَیْنَ اَلنّاسِ بِالْحَقِّ» (۱)، ومع وجود هذه الأدله لا وجه للتمسک بالأصل کما فی (المستند) (۲).

وأما قوله - فی توجیه عدم سماع دعوی الصغیر - بأنه قد یحتاج إلی امور یشترط فیها البلوغ مثل إقامه البینه.

ففیه: إنه لا دلیل علی اشتراط البلوغ فی إقامه البینه، فإذا أقامها الصغیر علی طبق الموازین الشرعیه فلا وجه لعدم قبولها، والأدله الرافعه لآثار قول الصبی منصرفه عن کون مورد دعواه ظلم أحد له کالضرب ونحوه، نعم، الإعتبارات المحتاجه إلی الإنشاء غیر مسموعه منه، کما أنه إذا وصل الأمر فی المخاصمه إلی الیمین فلا یحلف ولا یحلّف.

وبعباره اخری: البلوغ لیس شرطاً فی أصل الدعوی، فإن دعوی الصغیر تسمع، لکن الامور المترتبه وأحکام فصل الخصومه وموازین القضاء، یشترط فی بعضها البلوغ، کالحلف والإقرار، فلا یحلف ولا یحلّف ولا یترتب الأثر علی إقراره، وحینئذ، یقوم ولیّه مقامه فی هذه الامور، وبعضها لا یشترط فیه البلوغ کإقامه البینه، وحینئذ، یترتب الأثر لعموم الأدله، وانصراف « عمد الصبی خطأ» (۳)ونحوه عن مثل ذلک.

ص:۵۵۵

۱- ۱) سوره ص ۳۸: ۲۶.

۲- ۲) مستند الشیعه ۱۷: ۱۴۴.

۳- ۳) کتاب الخلاف ۲: ۳۶۱/۱۹۷، ۵: ۱۷۵/۳۹.

بل قال المحقق الكنى قدّس سرّه (۱): إن الأصحاب لم يعملوا بهذه الأدلّه واعتبروا قول الصبى فى موارد، كقبول قوله فى إنبات الشعر بالعلاج، وكما لو أوقع معامله فقال البائع ببطلانها لكونه صغيراً فادّعى البلوغ فإنه تسمع دعواه ويحكم بصحه المعامله. نعم، إن كان متعلّق دعواه مالاً فلا تسمع، لأجل الصغر، لأنه لا سلطنه له على مال، فلا سلطنه له على دعوى متعلّقه بالمال، فعدم سماع دعواه حينئذ يكون من هذا الحيث لا من جهه أن الصبى مسلوب العباره، لكن الدّعوى ليست من شئون المطالبه بالمال، فإنه إذا أثبت المال بالبيّنه أمكن أن يباشر المطالبه وليّه أو الحاكم نفسه، وليس إثبات تملّك المال تصرفاً فيه حتى يقال بعدم السلطنه له على المال، ولذا يجوز للأجنبى أن يثبت مالاً لغيره، فيكون ذلك فى الحقيقه كالكشف لأمر مخفى.

إشتراط العقل:

قال المحقق: « ولا المجنون» (۲)

أقول: الشرط الثانى الذى ذكره المحقق وغيره هو « العقل» ، ويدل على اعتباره ما دلّ على اعتبار البلوغ، لكن مقتضى عمومات أدلّه القضاء سماع دعواه فى غير التصرفات الممنوعه، كما إذا ادّعى على شخص أنه جنى عليه، فإن الشارع لا يرضى بالجنايه على المجنون ولا يترك الجانى عليه من غير مؤاخذه وعقوبه.

وعن المحقق الأردبيلى قدّس سرّه وجماعه (۳)اشتراط كونه رشيداً، فلا

ص:۵۵۶

۱- ۱) كتاب القضاء: ۴۲۵.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۶.

۳- ۳) مجمع الفائده والبرهان ۱۲: ۱۱۵.

تسـمع الـدعوى من السـفيه، بل عن (المعتمد) دعوى الإجماع عليه، لكن الأدلّه القائمه على وجوب إحقاق الحق وحفظ الأموال والنظـام تقتضـى وجوب سـماع دعواه، نعم لاـ تسـمع فى الـدعاوى المتعلّقه بالمـال، بل إن دعواه فيها تسـمع أيضاً، لأن الـدعوى وإثبات الحق شىء والتصرّف شىء آخر. وأما دعوى الإجماع على هذا الشرط، ففيها منع واضح.

أن لا يدّعى مالاً لغيره:

قال: « ولا دعواه مالاً لغيره إلا أن يكون وكيلًا أو وصياً أو ولياً أو حاكماً أو أميناً لحاكم» (۱).

أقـول: إدّعى فى (الجواهر) (۲)عـدم الخلاـف فيه، لكنهم يحكمون بسـماعها فى بعض الموارد وهو ليس واحـداً ممن ذكر، فلو غصب مال من يد المرتهن أو المستعير سمعت دعواه عند الحاكم، وقيل فى الرهن بجواز الدعوى بعنوان حق نفسه.

قلت: وبغضّ النظر عن حكمهم بالسـماع فى هذه الموارد، فإنه لا مانع من أن يدّعى الإنسان حقّاً لغيره ما لم يستلزم التصرف فيه، ودعوى انصراف «Bفَاحْكُمْ بَيْنَ اَلنّاسِ بِالْحَقِّ» (۳)عنه، غير مسـموعه، اللهم إلا أن يقال بأن الدعوى نفسـها تعتبر تصـرفاً فى مال الغير، وعليه، فيشكل أن يبادر إلى الدعوى أخذاً بشاهد الحال واعتماداً على إذن الفحوى من المالك، لأن الفحوى وشاهد الحال لا يشملان هكذا تصرّف اعتبارى، بل يتوقّف سماعها منه على الإذن الصريح من المالك.

ص:۵۵۷

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۶.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۰: ۳۷۷.

۳- ۳) سوره ص ۳۸: ۲۶.

لکن لو کـان المـدعی من أقربـاء المالـک وذویه، فالظـاهر الاسـتماع فی مـا لاـ یسـتلزم تصـرّفاً فی مـاله من غیر ولایه ولا وکاله، لانصراف أدلّه المنع حینئذ، والقدر المتیقن من الإجماع غیره.

ثم إن المشـهور قیام الوکیل والوصـی والولّی مقام صاحب المال فی جمیع مراحل الـدعوی، واسـتثنی بعضـهم إحلاف المـدّعی علیه، إلا أن مقتضی عمومات أدلّه الولایه والوکاله والوصایه. . . هو جواز الإحلاف أیضاً، کما علیه المشهور.

أن لا یدّعی ما لا یجوز تملّکه:

قال المحقق: « ولا تسمع دعوی المسلم خمراً أو خنزیراً» (۱).

أقول: ویشترط فی الـدعوی أن یکون موردها أمراً جائزاً شـرعاً وعقلاً، فلا تسـمع دعوی المسـلم خمراً أو خنزیراً ونحوهما مما لا یصح تملّکه له، ولا تسمع دعواه زوجیّه احدی محارمه، وقیل: له دعوی الأولویّه بالخمر مثلاً لأجل فائده محلّله، کأن یبقی الخمر حتی تنقلب خلاً، أو یأخذ العذره للتسـمید، کما لا بأس بدعوی اسـتحقاق ثمنها حال عدم الإسلام، أو یدّعی ثمنها علی مستحلّها بناءاً علی جواز بیعها ممن یستحلّها، والدلیل علی الجواز عمومات أدلّه القضاء بعد عدم تمامیّه دعوی انصرافها عن مثل ذلک.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۶.

إشتراط كون الدعوى صحيحه لازمه:

قال المحقق قدّس سرّه: « ولابدّ من كون الدعوى صحيحه لازمه، فلو ادّعى هبه، لم تسمع حتى يدّعى الإقباض، وكذا لو ادّعى رهناً» (۱).

أقول: مثّل بالهبه قبل الإقباض وبالرهن قبله، للدعوى غير الصحيحه اللازمه، لأن الموهوب ما لم يقبض لم يملك، وفى الرهن قال المحقق: « وهل يشترط فى الرهن القبض؟ قيل: لا، وقيل: نعم، وهو الأصح» (۲).

أما اشتراط كون الدعوى صحيحه، فدليله واضح، فلو ادّعى الهبه وأقرّ المدّعى عليه لم يلزم بشىء، بل لابدّ من أن يدّعى هبه صحيحه كأن يقول له: وهبتنى ذلك وأقبضتنى إيّاه.

وأما اشتراط كونها لازمه، فإن الهبه إذا لم تكن إلى ذى رحم - وكانت العين باقيه - جاز للواهب الرجوع حتى مع الإقباض، ولذا قيل بسقوط الدعوى فيما لو ادعى عليه الهبه فأنكر، إذ يكون الإنكار رجوعاً، نظير ما إذا أنكر الزوج الطلاق، فإن إنكاره رجوع.

وبالجمله، فاشتراط الصّحه لا ريب فيه، ولذا لو قال: هذه ثمره نخلى، لم تسمع، إذ يمكن أن لا تكون ملكه، إلا إذا صرّح فى دعواه بكونها ملكاً له كما سيأتى، لكن عن المحقق الأردبيلى الإشكال فى اشتراط اللّزوم، فقد قال رحمه اللّه: « ما المانع من أن يدّعى الصحه أولاً فيثبتها ويدّعى اللزوم؟ ثم أنه يرد عليهم مثله

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۷.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۲: ۷۵.

فيما إذا ضمّ إليها دعوى القبض، إذ لعلّ الموهوب له أجنبى، على أنه يرد مثله فى دعوى البيع، إذ على هذا لابدّ من دعوى انقضاء المجلس أو الأيام الثلاثه فى الحيوان، ولا قائل به» (۱).

وأورد عليه فى (الجواهر) بقوله: « وفيه: إن الصحّه بدون القبض ليس حقاً لازماً للمدّعى عليه، ضروره رجوع ذلک إلى التهيّؤ للصحه مع تمام ما يعتبر فيها، وهبه الأجنبى مع القبض صحيحه ويترتب عليها الأثر وإن جاز له الفسخ، فإن المراد باللازمه المقتضيه للاستحقاق على المدّعى عليه، لا كون المدّعى به أمراً لازماً على وجه لا يكون به خيار للمدّعى عليه. . .» (۲).

قلت: والصحيح أنه ليس الإنكار فيما نحن فيه رجوعاً كالطّلاق، فإن الحكم المذكور يختص بالطلاق، ولذا لا يكون إنكار البيع فسخاً له، والقول بعدم اشتراط اللزوم غير بعيد، إلا أن يكون هناك إجماع.

هل تسمع دعوى المنكر فسق الحاكم أو الشهود؟

قال: « ولو ادّعى المنكر فسق الحاكم أو الشهود ولا بينه، فادّعى علم الشهود له، ففى توجه اليمين على نفى العلم تردّد، أشبهه عدم التوجّه، لأنه ليس حقّاً لازماً، ولا يثبت بالنكول ولا باليمين المردوده، ولأنه يثير فساداً» (۳).

أقول: لو لم يكن مورد الدعوى مالاً كقوله: لى عليک كذا من المال، ولا سبباً كالبيع كقوله: هذا المال الذى بيدک قد بعتنى إيّاه، بل ادّعى أمراً له فيه نفع من حيث

۱- ۱) مجمع الفائده والبرهان ۱۲: ۱۱۷، بتفاوت. وعنه جواهر الكلام ۴۰: ۳۷۸.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۰: ۳۷۸.

۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۶.

إثبات حق له أو إسقاط حق عليه، كأن يـدّعى المنكر فسق الحاكم الذى حكم عليه أو فسق الشـهود الذين استند إليهم المدّعى وحكم الحاكم طبق شهادتهم.

أما لو ادّعى فسق الشاهدين، فله طرح دعواه عند نفس الحاكم، كما أن له طرحها عند حاكم آخر، فإن كان له بيّنه أقامها، وبذلك يزول الحكم الذى أصدره الحاكم حسب شهادتهما، وكذا لو تمكّن من إثبات كذب الشاهدين، أى كذبهما فى قولهما بأن هـذا المال لزيد المدّعى. . . لكن لا يسقط حق المدّعى بثبوت فسقهما أو كذبهما فى هذه الشهاده. وإن لم يكن عنده بينه، فهل يؤثر علم المدعى بفسقها فى زوال الحكم كذلك؟

إن أقرّ بذلك، فلا إشكال فى أنه يؤخذ بإقراره، ولا يجوز له الإستناد إلى الحكم فى أخذ ما يدّعيه على المنكر، وإن لم يقر، فالحكم باق على حاله وله أثره من ثبوت الحق وفصل الخصومه، نعم، مع علم المدّعى بفسق الشاهدين لا يجوز له ترتيب الأثر مع تردّده فى كون مورد الدّعوى له واقعاً، وأما مع علمه بكونه له كذلك، فحيث يحكم الحاكم له وهو لا ـ يقرّ بفسق شهوده يجوز له التصرّف.

وحينئذ، فلو ادّعى المنكر عليه العلم بفسق الشاهدين، لم تسمع هذه الدعوى، ولم يتوجّه على المدّعى اليمين بنفى العلم، كما لا يثبت ذلك بنكوله عن اليمين ولا ـ باليمين المردوده على المنكر، لأن توجّه اليمين على المدعى المشهود له ليس حقّاً لازماً للمنكر، ولأنه يوجب التزلزل فى الأحكام الصادره من الحكّام ويؤدّى إلى التسلسل.

وقيل: تسمع هذه الدعوى، فله أن يحلّفه، لأنها دعوى فتشملها عمومات « البينه على المدّعى واليمين على المدّعى عليه» (1)، ولأن لها أثراً بالنسبه إليه.

1- 1) وسائل الشيعه 27: 234/5. أبواب كيفيه الحكم، الباب 3.

وفیـه: إنه إذا لم یلازم علمه بفسق شاهـدیه زوال الحکم الصـادر، لم یکن للمـدّعی علیه اثر فی دعـوی علم المشـهود له بفسـق الشاهدین، فلا تسمع هذه الدعوی.

وأمّا لو ادّعی فسق الحاکم، وکان له بینه، فله أن یطرحها عند حاکم آخر، قیل: ویشترط أن یصـرّح فی طرحه الدّعوی علی فسـق الحاکم الأول بوجود البینه، کأن یقول له: عندی شهود علی فسق فلان الحاکم.

وأما مع عدم وجود البینه فلا تسـمع دعواه مطلقاً، ولا أثر لها مطلقاً، وفاقاً للمحقق قدّس سرّه، فإنه لا یبطل الحکم بحال، نعم، فی دعوی الزوجیّه لو أقام البیّنه وحکم له، ثم ادّعت علیه المرأه - قبل الحکم أو بعده - العلم بفسق الشاهدین فأقر، لم یجز له الأخذ بهـذا الحکم، وأمـا لو کـان متیقناً بأنها زوجته، وجبت علیه النفقه مع المطالبه، أخـذاً بإقراره وإن لم یجز لها إلزامه، لفرض بطلان الحکم بفسق الشاهدین.

هل یجب إجابه المنکر لو التمس الیمین من المدعی؟

قال المحقق قدّس سرّه: « وکذا لو التمس المنکر یمین المدّعی منضمّه إلی الشهاده، لم یجب إجابته، لنهوض البیّنه بثبوت الحق» (1).

أقول: إن للمنکر أن یرضی بیمین المدّعی، فإن حلف فهو، وإن اختار إقامه البینه کان له ذلک، ومع إقامتها لا یسمع طلب المنکر یمینه معها، نعم، فی الدعوی علی المیت یحلف مع البینه، وکذا مع الشاهد الواحد فی الدعوی المالیه.

ص:۵۶۲

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۷.

لكن عن (القواعـد) مع ذكر الحكم المـذكور: « ولو التمس المنكر بعد إقامه البينه عليه إحلاف المدّعى على الاسـتحقاق أُجيب إليه، ولو التمس المنكر يمين المدعى مع الشهاده لم يلزم إجابته» (۱).

وتوجيه الفرع الأول هو مـا لو ادّعى المـدين البراءه أو الإبراء، فكأن البينه أثبتت أصل الـدين واليمين تثبت اشـتغال ذمه المـدين الآن، ففى الحقيقه يـدّعى المـدين الإبراء أو الأداء، والـدائن ينكر ذلك فيحلف، وكذلك لو شـهد الشاهدان بأن زيداً قد اشترى هذا المال فيكون ملكه، ثم يدّعى عمرو البائع الفسخ فيحلف زيد المدّعى على العدم.

وتوجيه الفرع الثانى هو فى العين الموجوده، فـإذا شـهدت البينه بكونها لزيـد لم تسـمع مطالبه عمرو منه اليمين، نعم، لا مانع من الحلف بل يسـتحب فى رضاه بها، لقوله عليه السـلام لشـريح: « وردّ اليمين على المـدّعى مع بيّنته، فإن ذلك أجلى للعمى وأثبت فى القضاء» (۲).

وقال الشـيخ فى (المبسوط) : « وكيف يحلف؟ قال قوم: يحلف ما اقتضاه ولا شـيئاً منه، ولا اقتضـى له ولا شىء منه، ولا أحال به ولاـ بشـىء منه، ولاـ أبرأه ولا عن شـىء منه، ولا اقتضـى له مقتض بغير أمره فأوصـله إليه، وأن حقه لثابت. قال: فإن ادّعى أنه قد أبرأه منه أو قـد أحـال به، لم يحلف المـدّعى عليه على أكثر من الـذى ادّعـاه عليه لاـنه مـا ادعى عليه غيره، وإن كانت الـدّعوى مبهمه فقال: ماله قبلى حق أو قد برئت ذمتى من حقه، احتاج إلى هذه الألفاظ كلّها حتى يأتى بجميع

۱- ۱) قواعد الأحكام ۲: ۲۰۸.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۱۱/۱. أبواب آداب القاضى، الباب ۱.

جهات البراءه.

ومن الناس من قال: أی شیء ادّعی، فإن المدّعی علیه یحلف ما برئت ذمتک من دینی، فإذا قال هذا أجزأه، لأنها لفظه تأتی علی کلّ الجهات، فإن الذمه إذا کانت مشغوله بالدین أجزأه أن یقول: ما برأت ذمتک من حقی.

وهذا القدر عندنا جائز کاف. والأول عندنا أحوط و آکد. وأمّا قوله: إن حقی لثابت، فلا خلاف أنه لیس بشرط» (۱).

هل یلزم بالجواب عن دعوی الإقرار؟

قال المحقق: « وفی الإلزام بالجواب عن دعوی الإقرار تردّد، منشؤه أن الإقرار لا یثبت حقاً فی نفس الأمر، بل إذا ثبت قضی به ظاهراً» (۲).

أقول: لو ادّعی زید علی عمرو الإقرار له بشیء، کأن یقول له: قد أقررت بکون هذه الدار لی، أو یقول: لقد أقررت بأنی غیر مدین لک، فهل یلزم الحاکم عمراً بالجواب عن هذه الدعوی؟ وجهان بل قولان، تردّد المحقق قدّس سرّه بینهما.

وجه عدم الإلزام هو: أن الإقرار لا یثبت حقاً واقعیاً للمقرّ له، لأن الإقرار ف وإن ألزم الشارع المقرّ بما أقرّ علی نفسه – لیس طریقاً لإثبات الحق بحیث یرفع شک المقر له فی تملّک المقرّ فیه، فلو أقر له بکون الثوب له وکان المقر له جاهلًا أو شاکّاً فی ذلک، لم یرتفع معه الجهل أو الشک، لأن أثر هذا الإقرار هو الحکم الظاهری فقط

۱- ۱) المبسوط فی فقه الامامیّه ۸: ۲۰۶ – ۲۰۷.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۷.

بجواز تصرّفه فى الثوب، فـإذا لم تكن الـدّعوى مثبته لحق لازم ولم يكن الإقرار موجباً لحق واقعى، فإنه مع عـدم البينه للمـدّعى على الإقرار - لا تسمع الدعوى، ولا يحلف المدّعى عليه على إنكاره، ولا يكون نكوله عن اليمين مثبتاً للدعوى.

ووجه الإلزام هو: أن المراد من الحق اللازم كون الـدعوى ذات نفع للمـدّعى، والمفروض جواز تصـرّفه فى المـدّعى به ظاهراً مع ثبوت الإقرار بأحد المثبتات، ولا يلزم أن يكون مورد الدعوى مالاً أو سبباً لانتقال مال، بل إنّ ترتب الأثر المذكور - وهو الحكم بجواز التصرف ظاهراً - على الإقرار كاف لصحه الدّعوى عند الحاكم كى يلزمه بالجواب.

وظاهر المحقق فى المقام هو التوقّف، بخلاف الفرع السابق حيث قال « أشبهه عدم التوجّه» .

واستقرب الشهيد الثانى فى (المسالك) تبعاً لجماعه الوجه الثانى (١).

واختـار المحقق العراقى الأول فقال: إن الوجهين « مبنيان على أن الأحكام الظاهريه، هل فعليتها فرع وصولها إلى المكلّف بحيث لولاه لا تكون فعليه بعثيه، بخلاف الأحكـام الواقعيه من الوضـعيات والتكليفيّات، إذ فعليتها الواقعيه ليست تابعه لوصولها، غايه الأمر لا تنجّز لها.

وحيث قد حققنا فى محلّه عدم تبعيه فعليتها للوصول، فلا بأس بسماع مثلها. . .» .

وفى (الجواهر) وجّه الوجه الثانى بقوله: « لأن المدار على ثبوت الحق

١- ١) مسالك الأفهام ١۴: ۶٢

ظاهراً، فنكوله عن ذلك يثبت عليه الحق أو مع يمين المدعى الذى يجوز له الحلف عليه والأخذ به، وإن لم يعلم استحقاقه من غير جهه إقراره الذى له الأخذ به ما لم يعلم كذبه، لجواز استناده إلى سبب لا يعلم به، ولأنه إذا سمعت دعواه بالبيّنه توجّه له اليمين على عدمها، لعموم قوله صلّى اللّه عليه وآله وسلّم (۱): البينه على المدّعى واليمين على المدّعى عليه» .

ثم قال: « نعم، قد يقال بعدم إلزامه باليمين على نفى ذلك بخصوصه، إذا بذل اليمين على براءه ذمته الذى يأتى على ذلك كلّه، نحو ما تسمعه فى عدم إلزامه بجواب دعوى أنه أقرضه أو باعه بثمن فى ذمته أو نحو ذلك، معللين له بإمكان أدائه له والعجز عن إثباته، فيكفى جوابه ببراءه ذمّته مما يدعيه عليه، فإنه يأتى على ذلك كلّه، ومثله آت هنا.

اللهم إلّاأن يفرّق بأن الدعوى فى الأول الشغل بسبب فى الواقع، فيكفى فى جوابه نفى الواقع، بخلاف الثانى، فإن الدعوى فيه بصدور سبب من المدّعى عليه يؤخذ به وإن لم يعلم الواقع.

وفيه: إن الإقرار كما يؤخذ بظاهره وإن لم يعلم صحته وقد ادّعاه على خصمه، كذلك البيع عليه مثلاً، له الأخذ بظاهره أيضاً ما لم يعلم فساده وقد ادّعاه على خصمه، فكما لا يلزم هناك الجواب بنفى البيع ويكفيه الجواب ببراءه الذمه كذلك هنا، فتأمل» (۲).

أقول: والأقرب هو الوجه الأول، إذ ليس كلّ دعوى يلزم الحاكم بسماعها

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۳۴/۵. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۳.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۰: ۳۸۲. ظاهر كلامه أنه متأمل فى كفايه اليمين على براءه الذمه عن اليمين على نفى الإقرار بالدين مثلاً.

والنظر فيها، بل الدعاوى المتعلقه بأموال الناس ونفوسهم وأعراضهم، فيلزم أن يكون مورد الدعوى شيئاً يزعم المدّعى تعلّقه به. وبعباره اخرى: لابدّ أن تكون نتيجه الدعوى والمرافعه إثبات حق يدّعيه المدّعى وجلب نفع إلى نفسه أو دفع ضرر عن نفسه، وكلّ دعوى تكون كذلك يجب على الحاكم سماعها، وأما في المورد الذى يتحقق النفع ويثبت للمدّعى بنفس الحكم الصادر من الحاكم - وأما قبله فلا يوجد شىء - فيلزم الدور، لأن نظر الحاكم فى ذلك المورد ثم حكمه يتوقف على تحقق الحق من قبل، وتحقق الحق يتوقف على الحكم نفسه.

هل تفتقر صحه الدّعوى إلى الكشف؟

قال المحقق: « ولا تفتقر صحه الدعوى إلى الكشف فى النكاح ولا فى غيره» (١).

أقول: إنّ صحه الدّعوى التى اشترطناها لا تحتاج إلى الكشف والتحقيق عن الأسباب، سواء كانت الدعوى فى الأملاك من الأعيان والديون أو فى العقود من النكاح وغيره، وقد نبّه بذكر النكاح على خلاف بعض العامه فيه، ودليلنا على عدم الحاجه هو الإجماع.

قال: « وربما افتقرت إلى ذلك فى دعوى القتل، لأن فائته لا يستدرك» (٢).

أقول: لأن للقتل أقساماً وأسباباً مختلفه، من العمد والخطاء وشبه العمد، ومن أن القتل مستند إليه بالمباشره أو بالتسبيب، وأنه هل وقع منه منفرداً أو شاركه فيه غيره. . . فلكلّ واحد من هذه الأقسام والحالات حكم، فلو أجمل فى

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ١٠٧.

٢- ٢) شرائع الإسلام ۴: ١٠٧.

الدعوی لم یترتّب حکم واحدٍ منها، فلابدّ من الکشف وذکر التفصیل وإلا لم تصح دعوی القتل ولا تسمع.

وفی (الجواهر) - کما عن جماعه - الإشکال فی ذلک، وقد یستفاد أیضاً من تعبیر المحقق ب « ربما» ، وذلک لأنه قد یترتب علی الإجمال أثر کلّی، بل قیل: إنه یمکن بحکم الأصل تشخیص أنه خطأ، بل ربما ظهر من المحقق الأردبیلی سماع دعوی الکلّی وإن لم یترتب علیه حکم، ولکنه مقدمه لإثبات الخصوصیه فیما بعد (۱).

قلت: إن تعیین کونه خطأ بالأصل مشکل جداً، فلو أردنا إجراء هذا الأصل لجری فی الجمیع، لکن لو کان لبعض الخصوصیات أثر، وقلنا بکفایه احتمال ترتب الأثر لوجوب السماع، فإنه یجب سماع الدعوی، هذا بعد ثبوت أصل الواقعه، وبالجمله: الأصح هو سماع الدعوی حیث یثبت أصل القضیه ثم تثبت خصوصیاتها بالموازین الشرعیه من البینه والیمین، فیکون الحکم بعد المرحلتین وفاقاً للأردبیلی، وذلک لمقتضی الإحتیاط الشدید الموجود فی الدماء.

وعلی الجمله: لا فرق بین القتل وغیره فی ذلک، فإنه مع فرض عدم ترتب حکم علی الکلی فی غیره لم تسمع الدعوی به أیضاً وإلا سمعت - إن لم یثبت الإجماع علی خلافه - لشمول أدلّه وجوب القضاء له، ولما جاء فی بعض الأخبار من بیان الامام علیه السلام الحکم الشرعی فی موارد، مع عدم ذکر المدّعی السبب.

فهذه هی القاعده الکلیّه، وعلی ضوئها یظهر الأمر فی مختلف الموارد والأمثله، فإن کان للکلّی أثر ادّعاه وإن کان للخصوصیه أثر ادّعاها، وفی المتباینین

ص:۵۶۸

۱- ۱) مجمع الفائده والبرهان ۱۲: ۱۲۴.

تسمع الدعوى إن كان العلم الإجمالى منجّزاً، ومع دوران الأمر بين الأقل والأكثر كان الأقل هو المتيقّن.

قال المحقق: «ولو اقتصرت على قولها: هذا زوجى، كفى فى دعوى النكاح، ولا يفتقر ذلك إلى دعوى شىء من حقوق الزوجيّه، لأن ذلك يتضمن دعوى لوازم الزوجيه، ولو أنكر النكاح لزمه اليمين، ولو نكل قضى عليه على القول بالنكول، وعلى القول الآخر ترد اليمين عليها، فإذا حلفت ثبتت الزوجيه، وكذا السياقه لو كان هو المدّعى» (١).

أقول: إن الأثر الذى ذكرناه لا يلزم التصريح به لدى الدّعوى، بل يكفى دعوى ملازمه، فلو اقتصرت المرأه على قولها: هذا زوجى، كفى فى دعوى النكاح وترتب آثاره من حقوق الزوجيه ولوازمها، كالمهر والنفقه وغيرهما.

ويترتب على سماع هذه الدعوى أيضاً أنه لو أنكر الزوج النكاح لزمته اليمين، ولو نكل عنها قضى عليه على القول بالقضاء بمجرد النكول، وبردّ اليمين على المرأه على القول الآخر، فإن امتنعت سقطت دعواها، وإن حلف ثبتت الزوجيه، وعن (التحرير) «وفى تمكين الزوج منها إشكال، من إقراره على نفسه بتحريمها، ومن حكم الحاكم بالزوجيه» (٢).

وكذا الكلام لو كان الرجل هو المدّعى للزوجيّه، إذ يترتب على ذلك الآثار الشرعيه وحقوق الزوجيه، والإشكال المذكور موجود، من إنكار المرأه للزوجيه فلا يجوز لها تمكينه من نفسها، ومن حكم الحاكم بالزوجيّه.

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ١٠٧.

٢- ٢) تحرير الأحكام ۵: ١۵٧/۶۴٨۴.

أقول: أما بالنسبه إلى الحاكم نفسه، فهل ينهى الزوج المقرّ بحرمتها على نفسه عن وطئ المرأه - مع إلزامه بدفع النفقه مثلاً - أخذاً بإقراره، أو لا ينهاه عن ذلك، ترتيباً لجميع آثار الزوجيه التى قد حكم بها؟ وجهان. اللهم إلا أن نلغى اعتبار الإقرار فى هذه الحاله فيقدّم الثانى، لكن لا يفتى بذلك أحد. . . نعم، لا يبعد الإلغاء فيما إذا كان الإقرار عن نسيان مثلاً ثم تذكّر ورجع عنه بعد قيام البينه. فالصحيح: إن الإقرار بالنسبه إلى ما كان على الزوج مقدّم على الحكم، إذ لا يقول أحد بإلغاء الإقرار فى هذه الحاله.

وأما وظيفه الزوج المنكر للزوجيه، فإن كان عالماً بعدم الزوجيّه، فإن مقتضى قول النبى صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: « فأيما امرء قطعت له. . .» (۱)هو عدم جواز ترتيب آثار الحكم مثل الوطئ، وأما دفع النفقه فليس محرماً عليه بل يجب عليه امتثالاً وتنفيذاً للحكم، بل يحرم على المرأه أخذها، وهل يجوز لها الأخذ فى مقابل بقائها فى دار الرجل؟ فيه إشكال، وأما إذا كان إنكاره لها من جهه الشك مثلاً فإن جميع الآثار مترتبه بالحكم.

وأما إذا كان المدّعى للزوجيه هو الرجل والمرأه تنكر، فإن كانت تعلم بعدم الزوجيه، كان عليها الإمتناع عن التمكين، ولا يجوز لها المطالبه بالنفقه، وإن كانت تنكر كاذبه أو شاكه وجب عليها ترتيب الأثر على الحكم.

وأما المهر، فإن الرجل إن ألزمها بالتمكين ووطئها عملاً بحكم الحاكم، فقد وجب عليه دفع مهر المثل لأنه عوض البضع.

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۳۲/۱. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۲.

هل تسمع دعواه أن هذه بنت أمته أو ثمره نخله؟

قال المحقق: « ولو ادّعى أن هذه بنت أمته لم تسمع دعواه، لاحتمال أن تلد فى ملك غيره ثم تصير له، وكذا لو قال: ولدتها فى ملكى، لاحتمال أن تكون حرّه أو ملكاً لغيره» (١).

أقول: ومن فروع اشتراط كون مورد الدعوى حقاً لازماً يدّعيه المدعى بصراحه ووضوح: أنه إذا قال: هذه بنت أمتى، فهل تسمع هذه الدعوى أولا؟

وهذه الدعوى تتصور بوجهين: أن تكون هى بيد زيد وهو يريد أخذها منه بهذه الدعوى، وأن تكون بيده فيدّعيها زيد فيقول هذه بنت أمتى، بمعنى أنه إذا لم يدّع ذلك تثبت دعوى زيد.

وكيف كان، فإن هذه الدعوى أعمّ من أن يكون موردها حقاً لازماً، وحيث أنها ليست صريحه فى ذلك فلا تسمع.

وكذا لو ضمّ إلى تلك الدعوى قوله: ولدتها فى ملكى، أو ادّعى هذه الجهه دعوى مستقله، كأن يقول: هذه ولدتها أمتى فى ملكى.

قال المحقق قدّس سرّه: « وكذا لا تسمع البينه بذلك ما لم يصّرح بأن البنت ملكه، وكذا البينه» (٢).

أقول: وكما لا تسمع الدعوى الصريحه، كذلك لا تسمع البينه غير الصريحه، فإن قالت بأن هذه مملوكه فلان، سمعت، ولو قالت: ولدتها أُمها

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ١٠٧.

٢- ٢) شرائع الإسلام ۴: ١٠٨.

حالكونها فى ملكه، فلا تسمع، لأنه يمكن أن تكون الاُم مملوكه ولا تكون بنتها مملوكه له، كأن يكون قد حرّرها مثلاً.

قوله: « وكذا البينه» ليس تكراراً، بل المراد أنه ما لم يصرّح المدّعى فى الدعوى فلا تسئل البينه التى يقيمها، ثم البيّنه لا تسمع شهادتها ما لم تشهد بصراحه، وحيث شهدت بالملك فلا تسئل عن السبب، فيحتمل أن يكون قوله: « وكذا البينه» معطوفاً على « لا يفتقر» المتقدّم عليه.

قال: « ومثله: لو قال: هذه ثمره نخلى» (۱).

أى: فلا تسمع هذه الدعوى لكونها أعم، إلا أن يقول: هذه ثمره نخلى وهى ملك لى.

قال: « وكذا لو أقرّ له من الثمره فى يده أو بنت المملوكه، لم يحكم عليه بالإقرار لو فسّره بما ينافى الملك» (۲).

أقول: ولو قال هذه الثمره من نخل من هى بيده، فهل له أن يدّعى بعد ذلك كونها ملكاً له؟ نعم، لأن قوله السابق ليس إقراراً بعدم ملكيته وملكيه صاحب اليد حتى يكون قوله المتأخر إنكاراً بعد إقرار، فتسمع هذه الدعوى منه ويطالب بالبينه، بخلاف ما لو أقرّ بالملكيه، فليس له أن يقول بعد ذلك: لكن هى ملكى.

وهذا معنى عباره المحقق.

وفى (المسالک) : ظاهر عباره المحقق والعلّامه إنه إذا لم يفسر بالخلاف فهو إقرار (۳).

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۸.
۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۸.
۳- ۳) مسالک الأفهام ۱۴: ۶۷، بتفاوت.

وأشكل عليه فی (الجواهر) بعدم ظهور عبارتيهما فی ما ذکره (۱)، فليس « لو فسّر» قيداً حتی يکون إقراراً.

قلت: وما ذکره صاحب (الجواهر) هو الظاهر.

ثم إن صاحب (المسالک) بعد ما استظهر من العباره ما ذکر، أشکل علی المحقق الفرق بين الإقرار والدّعوی فقال: « والفرق بين الـدعوی والإقرار لا يخلو من إشـکال، لأن الإحتمال قائم علی تقدير الإقرار والدعوی، والعمل بالظاهر فی الإقرار دون الدعوی لا دليل عليه، والفرق باشتراط التصـريح فيها دونه، رجوع إلی نفس الـدعوی، وفی الإرشاد: أطلق عدم سـماع الدعوی والإقرار معاً، ولم يعتبر التقييد فی الإقرار بتفسيره بما ينافی الملک، وهذا هو الظاهر» (۲).

أقول: إن إشـکاله وارد بنـاءاً علی مـا فهمه من العبـاره، لأن الصـراحه شـرط فی کلا الأمرين، إلا أن يقال بأن ظهور الـدعوی غير کاف وظهور الإقرار کاف، لکنه مشکل.

هـذا، وفی (الجواهر) بشـرح: « وکـذا لا تسـمع البينه. . .» ما لفظه: « لکنْ عن لقطه المبسوط والتذکره: سـماع الدعوی والبينه فی الثانی، بل عن الأخير الإجماع عليه، ولعلّه لأصاله تبعيّه النماء للمال حتی يعلم خلافه، وهو کذلک حيث لا يکون لآخر يد تقضی بـالملکيه لهـا وإلاـ انقطع بها الأصل المزبور، کما انقطع بها ما هو أقوی من ذلک، وکلام الأصـحاب هنا فی الـدعوی علی آخر» (۳).

قلت: إن محلّ البحث هو أن تکون بنت أمه زيد بيد عمرو، فيراجعه استناداً

ص:۵۷۳

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۳۸۶.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۴: ۶۷.

۳- ۳) جواهر الکلام ۴۰: ۳۸۵.

إلى کون الام عنده، فالإرتکاز یتبع ما إذا لم یقم فی مقابله دلیل کالید.

والأردبیلی أمر بالتأمل فی المقام بعد أن ذکر عدم السماع (۱).

ولعلّ وجهه: إمکان القول بالسماع، لأن من ملک النخله فقد ملک تمرها عند العرف إلا أن یقوم دلیل، ولذا تسمع هذه الدعوی فی الملک القدیم السابق علی الید، فیلزم صاحب الید بإقامه البینه علی انتقاله إلیه بالبیع مثلاً.

لکن هذه المطالب لیست تعبدیّه بمعنی قیام إجماع أو دلاله نص علیه، بل الذی یریدون إثباته کون الدعوی صریحه، فإن کانت الملازمه العرفیه و التبعیه بین الثمره والنخله أو بین الأمه والبنت تامه فهو، وإلا لزم البیان و الکشف عن سبب الملک، والظاهر تمامیه هذه الملازمه ما لم یکن الفرع بید غیره، لأن الید دلالتها علی الملکیّه أقوی من الملازمه المذکوره.

قال المحقق: « ولا کذلک لو قال: هذا الغزل من قطن فلان أو هذا الدقیق من حنطته» (۲).

أقول: یعنی إن مثل هذه الدعوی ظاهر فی الملکیه ولا حاجه إلی التصریح، للفرق بین الثمره والنخل وبین الغزل والقطن، فهناک المغایره حقیقیّه وهنا هی فی الصوره فقط، فالدعوی تسمع وعلیه إثباتها کسائر الدعاوی.

ص:۵۷۴

۱- ۱) مجمع الفائده والبرهان ۱۲: ۱۱۹.
۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۸.

الکلام فی: التوصّل إلی الحق

اشاره

إن کان الحق عقوبةً * إن کان دیناً حالات الغریم *

ص:۵۷۵

۱ – إن كان الحق عقوبه:

الحق إما عقوبه وإما مال، فإن كان الحق عقوبه كالقصاص، فالأقوى وفاقاً للمسالك وغيرها – بل عن (الكفايه) : لا أعرف فيه خلافاً – وجوب رفع الدعوى إلى الحاكم (۱)، فإن ثبت دعواه وأصدر الحاكم الحكم جاز له أن يباشر القصاص على قول، وقيل: بل الأمر بيد الحاكم، فله أن يباشر بنفسه القصاص أو يأذن فيه لصاحب الحق أو يأمر به شخصاً آخر.

وأما إذا لم يتوفّر الحاكم أو تعذّر الوصول إليه فيجوز له أن يستوفى حقه، وهذه الصوره هى القدر المتيقن من إطلاق قوله تعالى: «وَ مَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنا لِوَلِيِّهِ سُلْطاناً» (۲).

فيكون الحاصل: عدم جواز مباشره القصاص مع التمكّن من الرفع إلى الحاكم، خلافاً لصاحب (الجواهر) قدّس سرّه حيث استند إلى الآيه المزبوره قائلاً بالجواز مطلقاً.

نعم، لا ريب فى عدم مؤاخذه الحاكم لصاحب الحق إن باشر الأمر من دون إذنه، إذ لا إشكال فى ثبوت هذا الحق له، لكن لمّا كان أمر الدماء خطيراً ولابدّ فيه من الإحتياط الشديد، نقول – تبعاً للأصحاب – بلزوم رفع القضيه إلى الحاكم

۱– ۱) مسالك الأفهام ۱۴: ۶۸، مستند الشيعه ۱۷: ۴۴۳، كفايه الأحكام ۲: ۷۲۱.

۲– ۲) سوره الاسراء ۱۷: ۳۳.

وإجراء الحكم بإذنه، حتى لا يلزم الفساد فى المجتمع الإسلامى والهرج والمرج فى البلاد، ويتأكّد ما ذكرناه فيما إذا علم بترتب المفسده العظيمه، كوقوع المقاتله بين طائفتين وإراقه الدماء المحترمه.

ومن جواز مباشره الحاكم يظهر أنه لا يجب عليه أن يأذن لصاحب الحق بذلك إن راجعه فى القضيه، وإن كان ذلك حقاً ثابتاً له، خلافاً لصاحب (الجواهر) حيث قال بأن إطلاق السلطان للولى يقتضى مباشرته لا خصوص الحاكم (١).

ومن ذلك كلّه يظهر أن الحكم بوجوب الرجوع إلى الحاكم والإستيذان منه فى إجراء القصاص حكمه يقصد منها دفع الفساد واختلال النظام فى المجتمع الإسلامى، وعليه، فلو أمكن لولى المقتول أن يقتل القاتل بحيث لا يترتب على فعله مفسده، جاز، كما هو الحال بالنسبه إلى الحقوق الماليّه كما سيأتى.

٢ - إن كان الحق مالاً:

وإن كان الحق مالاً، فتاره: يكون عيناً، وأخرى: يكون ديناً،

[ان كان الحق عيناً]

فإن كان عيناً فقد قال المحقق قدّس سرّه: « من كانت دعواه عيناً فى يد إنسان فله انتزاعها ولو قهراً ما لم تثر فتنه، ولا يفتقر إلى إذن الحاكم» (٢).

أقول: فالمحقق يقول بجواز انتزاع العين ولو قهراً، لكن قيّده بما لم تثر فتنه، وفى (الجواهر) فسرّ قوله: « ولو قهراً» : « بمساعده ظالم أو بنفسه» وإن استلزم ضرراً بتمزيق ثوب أو كسر قفل أو نحو ذلك» (٣).

١- ١) جواهر الكلام ۴۰: ٣٨٧.

٢- ٢) شرائع الإسلام ۴: ١٠٨.

٣- ٣) جواهر الكلام ۴۰: ٣٨٧.

لکن ینبغی تقیید مساعده الظالم بصوره انحصار طریق استنقاذ العین بذلک، بأن لا یمکنه الاستنقاذ بنفسه أو بمساعده من لیس بظالم، بل یجوز ذلک فی صوره الإختیار أیضاً، بل یمکن القول بجواز إتیان الأمر المباح بمساعده ظالم، وأما إعانته، فقد قلنا فی محلّه باختصاص حرمه إعانه الظالم بأن تکون الإعانه فی ظلمه.

ولا یخفی، أن المراد من « الظالم» فی هـذا المقام هو غیر « الطاغوت» الذی نهی الرجوع والتحاکم إلیه فی الکتاب والأخبار، وقد تقّدم البحث عن حکم الرجوع إلیه فی إحقاق الحق.

ثم قال فی (الجواهر) : « وإن استلزم ضرراً بتمزیق ثوب أو کسر قفل أو نحو ذلک» (۱).

وعن (الإرشاد) جواز الإنتزاع « ولو قهراً مع انتفاء الضرر» (۲)وعن (مجمع الفائده) : « ما لم یحصل معه أمر غیر مشروع» (۳).

قلت: لا ریب فی عدم جواز التصرّف فی مال أحدٍ إلا بإذنه، فلایجوز الدخول فی دار إلا بإذن صاحبها، فإن کانت العین فی الدار فدفعها إلیه صاحب الدار من دون حاجه إلی الدخول فهو، ولو توقّف أخذها علی الدخول وجب الإستیذان منه فإن امتنع فمن الحاکم لأنه ولیّ الممتنع، وحیث یمکنه ذلک مع الإذن، فلا دلیل علی الجواز بلا إذن.

ولا إطلاق لدلیل سلطنه الناس علی أموالهم، لیشمل مفروض الکلام

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۳۸۸.

۲- ۲) إرشاد الأذهان ۲: ۱۴۲.

۳- ۳) مجمع الفائده والبرهان ۱۲: ۹۷.

ونحوه، فإن لم يتمكّن من تحصيل الإذن من الحاكم رفعت قاعده نفی الضرر حرمه الدخول بلا إذن.

وأما إذا استلزم انتزاع العين ضرراً على من هی بيده، ففيه قولان، ولكن الحق هو الجواز مع التوقّف، فيجوز له انتزاعها حتى مع كسر القفل والصندوق ونحو ذلك.

بل قيل: إن له أن يطالب بحقه ويحاول انتزاعه ممن وضع يده عليه وهو يعلم بكونه لمن يدعيه، مهما بلغ الأمر، إذ لا فرق بين هذه المسأله ومسأله دفع اللّص عن المال حيث يجوز للإنسان أن يدافع عن ماله ويحفظه من اللّص حتى لو انتهى إلى قتل اللّص، ولو قتل هو كان شهيداً كما فی الروايات (۱)، لكن فی (الجواهر) : « ما لم تصل إلى حدّ وجوب الكف عن الحق له لترتب تلف الأنفس والأموال وغيره من الفساد الذی يمكن دعوى العلم من مذاق الشرع بعدم جواز فعل ما يترتب عليه ذلک وإن كان مباحاً فی نفسه أو مستحباً بل أو واجباً. . .» (۲).

وكيف كان، فالقدر المتيقن من الجواز صوره عدم لزوم الخسارات الكثيره، مثل تمزيق الثوب وكسر الباب أو القفل أو الصندوق ونحو ذلک، لأن قاعده نفی الضرر جعلت للإمتنان، ولا مورد لها فی هذا المقام.

هذا كلّه فی صوره علم من بيده العين بكونها للشخص الذی يدّعيها.

وأما لو كان جاهلاً فإن طالبه واقتنع بقوله ودفع المال فهو، وإن لم يصدّقه جاز له أن ينتزعه منه قهراً، فإن عجز فلا مناص من الرفع إلى الحاكم، ولو استلزم

۱- ۱) عن أبی عبد اللّه عليه السلام: « قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: من قتل دون عقال - عياله -فهو شهيد» وعن أبی جعفر عليه السلام عنه: « من قتل دون ماله فهو شهيد» وكذا عن الرضا عليه السلام. وسائل الشيعه ۱۵: ۱۲۰ و۱۲۱ و۱۲۲/۶ و۹ و۱۴. أبواب جهاد العدو، الباب ۴۶.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۰: ۳۸۷.

الانتزاع ضرراً فقد يقال بالجواز لقوله صلّى اللّه علیه وآله وسلّم: « لیّ الواجد بالدین یحلّ عقوبته وعرضه» (۱). وفیه تأمل، لأنه ظاهر فی العالم دون الجاهل (۲).

ولو کان من بیده العین معذوراً عن دفعها إلی صاحبها، لحبس أو مرض، فهل یجوز له أن یدخل الدار مثلاً لیأخذ ماله؟ لابدّ هنا من إذن الحاکم، لأن المفروض عدم إنکاره للحق وکونه قاصراً عن تسلیمه، فیلزم أن یستأذن الحاکم ویدخل الدار مع إذنه، ولو استلزم ضرراً یسیراً جاز کذلک.

وحیث یراجع الحاکم ویقیم البیّنه علی دعواه ویثبت حقه، فهل له المبادره إلی أخذ الحق قبل صدور الحکم من الحاکم؟ قیل: نعم، بناء علی حجیه البینه للمدّعی.

هذا کلّه فی العین.

[ان کان الحق دیناً و صورها]

اشاره

صور کون الحق دیناً:

وقد ذکر المحقق حکم ما لو کان الحق دیناً بقوله:

« نعم، لو کان الحق دیناً، وکان الغریم مقراً باذلاً لم یستقل المدّعی بانتزاعه من دون الحاکم، لأن للغریم تخییراً فی جهات القضاء، فلا یتعیّن الحق فی شیء من دون تعیینه أو تعیین الحاکم مع امتناعه» (۳).

أقول: ولو کان الحق الذی یدّعیه الشخص دیناً، فلا یخلو الغریم عن حالات:

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۸: ۳۳۳/۴. أبواب الدین والقرض، الباب ۸.

۲- ۲) أقول: علی أن الإستدلال به یتوقف علی إسقاط خصوصیه « الدین» وهذا أیضاً لا یخلو عن تأمل.

۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۸.

الاولی – أن يكون مقرّاً بالحق وباذلاً له:

والحكم فی هـذه الحـاله: عـدم اسـتقلال صـاحب الحق بـانتزاع حقّه، لأن للغريم تخييراً فی جهات القضاء، فلا يتعين الحق الكلّی الثابت فی ذمّته من دون تعيينه، قال فی (الجواهر) : بلا خلاف بل ولا إشكال (١).

هذا، وقد أشكل على موضعين من عباره المحقق هذه.

أحـدهما – قوله: « من دون الحاكم» من جهه أن إذن الحاكم لا دخل له فی هذا الفرض، مع أن المسـتفاد من العباره جواز أخذه بإذن الحاكم.

والثاني – قوله: « أو تعيين الحاكم مع امتناعه» من جهه أن المفروض كونه مقراً باذلاً، فما ذكره لا وجه له، لأنه خلاف الفرض.

وقـد أرجع صـاحب (الجواهر) الضـمير فی « امتنـاعه» إلی التعيين فقـال: « أی امتنـاع تعيينه لحبس أو مرض أو نحوهمـا، لأـن له الولايه العامّه فی ذلك» (٢).

قيل: ولابدّ أن يجعل المراد من الباذل حينئذ هو الباذل الشأنی، وإلا فلا يستقيم ما ذكره.

قلت: ولكنه خلاف الظاهر.

والأولی ما فی (القواعد) : « إن كان باذلاً فليس للمدّعی الاستيفاء بدون إذنه، وإن كان ممتنعاً فليس له بدون إذن الحاكم» (٣).

الثانيه – أن يكون مقرّاً ممتنعاً من البذل:

والحكم فی هذه الحاله كسابقتها، فلا يجوز التقاص إلا بإذن الحاكم، لأنه

١- ١) جواهر الكلام ٤٠: ٣٨٨.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٨٨.

٣- ٣) قواعد الأحكام ٢: ٢١٣.

وليّ الممتنع، سواء كان معذوراً أو بلا عذر، لأن الحق الثابت فی ذمّته كلّی وتعيّنه لا يكون بدون إذن المدين أو وليّه فی حال امتناعه - وإن لم يستلزم التقاص ضرراً أو فتنه، بل لا يجوز التقاص خفيه كذلك - هذا بحسب مقتضی القواعد.

لكن مقتضی إطلاق بعض الأدله الآتيه فی الصوره الثالثه هو الجواز.

الثالثه - أن يكون المدين جاحداً للحق:

وفی هذه الحاله خلاف بين الأصحاب، قال المحقق قدّس سرّه: « ولو كان المدين جاحداً وللغريم بيّنه، تثبت عند الحاكم والوصول إليه ممكن، ففی جواز الأخذ تردّد، أشبهه الجواز، وهو الذی ذكره الشيخ فی الخلاف والمبسوط (۱)، وعليه دلّ عموم الإذن فی الاقتصاص» (۲).

فذهب المحقق قدّس سرّه هنا - والأكثر كما فی (المسالك) وغيره - إلی الجواز (۳)، والقول الثانی: عدم الجواز، وهو خيره المحقق فی (النافع) (۴). وقد أشار هنا إلی دليل الجواز بقوله: « وعليه دلّ عموم الإذن فی الإقتصاص» من الآيات والروايات، فمن الكتاب قوله تعالی: «Bفَمَنِ اِعْتَدیٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اِعْتَدیٰ عَلَيْكُمْ» (۵)وقوله تعالی: «Bوَ اَلْحُرُمٰاتُ قِصٰاصٌ» (۶)وقوله تعالی: «فَعٰاقِبُوا بِمِثْلِ مٰا عُوقِبْتُمْ بِهِ» (۷).

ص:۵۸۳

۱- ۱) كتاب الخلاف ۶: ۳۵۵، المسأله ۲۸، المبسوط ۸: ۳۱۰ - ۳۱۱.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۸.

۳- ۳) مسالك الأفهام ۱۴: ۶۹.

۴- ۴) المختصر النافع: ۲۷۶.

۵- ۵) سوره البقره ۲: ۱۹۴.

۶- ۶) سوره البقره ۲: ۱۹۴.

۷- ۷) سوره النحل ۱۶: ۱۲۶.

إلا أن فی انعقاد إطلاق هذه الآیات بحیث یمکن الاستناد إلیه فی قبال القواعد تأملاً.

ومن السنّه أخبار:

١ - ما عن ابن رزین قال: « قلت لأبی الحسن موسی علیه السلام: إنی أُخالط السلطان، فتکون عندی الجاریه فیأخذونها والدابّه الفارهه فیأخذونها، ثم یقع لهم عندی المال، فلی أن آخذه؟ قال: خذ مثل ذلک ولا تزد علیه» (١).

وهو ظاهر فی کون کلام الإمام علیه السلام جواباً عن السؤال عن الحکم فی المسأله لا إذناً له فی الأخذ، فیکون الحاصل: جواز الاقتصاص من أموالهم الشخصیه.

ویبقی الکلام فی أنه هل تتحقّق حینئذ مبادله قهریه بین المالین، أو یکون المال المأخوذ مباحاً له التصرف فیه وما أخذه عامل السلطان مغصوباً أو یکون بدل الحیلوله؟

وأما الأخذ من بیت المال فی مقابل تصرّفات عمّال السلطان، فلا یجوز حتی ولو کانت تصرّفاتهم بعنوان السلطنه والحکومه، فیکون نظیر ما إذا غصب المتولّی لموقوفهٍ مالاً وصرفه فی شئونها، فإنه یضمن فی ماله الشخصی ولا یؤخذ من أموال الموقوفه.

٢ - ما عن أبی العباس البقباق: « أن شهاباً ماراه فی رجل ذهب له بألف درهم واستودعه بعد ذلک ألف درهم، قال أبو العباس: فقلت له خذها مکان الألف التی أخذ منک، فأبی شهاب، قال: فدخل شهاب علی أبی عبد اللّه علیه

١- ١) وسائل الشیعه ١٧: ٢٧٢/١. أبواب ما یکتسب به، الباب ٨٣. والسند صحیح.

السلام فذكر له ذلک. فقال: أما أنا فأحبّ أن تأخذ وتحلف» (۱).

۳ - ما عن أبی بکر الحضرمی قال: « قلت له: رجل لی علیه دراهم فجحدنی وحلف علیها، أ یجوز لی إن وقع له قبلی دراهم أن آخذ منه بقدر حقّی؟ قال: فقال نعم، ولکن لهذا کلام، قلت: وما هو؟ قال تقول: اللهم إنی لا آخذه ظلماً ولا خیانه، وإنما أخذته مکان مالی الذی أخذ منی لم أزدد علیه شیئاً» (۲).

قال الشیخ الحرّ: « هذا محمول علی من حلف من غیر أن یستحلف» .

وفی (الجواهر) : « أو عند غیر الحاکم أو نحو ذلک، حتی لا ینافی غیره من النصوص، ولا ریب فی استحباب القول المزبور، وإن أطنب بعض الناس (۳)بدعوی الوجوب الذی یمکن تحصیل الإجماع علی خلافها» (۴).

۴ - ما عن جمیل بن دراج قال: « سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن الرجل یکون له علی الرجل الدّین فیجحده، فیظفر من ماله بقدر الذی جحده، أیأخذه وإن لم یعلم الجاحد بذلک؟ قال: نعم» (۵).

۵ - ما عن إسحاق بن إبراهیم: « إن موسی بن عبد الملک کتب إلی أبی جعفر علیه السلام یسأله عن الرجل دفع إلیه رجل مالاً لیصرفه فی بعض وجوه البرّ، فلم یمکنه صرف المال فی الوجه الذی أمره به، وقد کان له علیه مال بقدر هذا المال،

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۷: ۲۷۲/۲. أبواب ما یکتسب به، الباب ۸۳.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۷: ۲۷۴ عن الشیخ قدّس سرّه - وقد قال الشیخ بعده: الحسن بن محبوب عن سیف بن عمیره عن أبی بکر الحضرمی عن أبی عبد اللّه علیه السلام نحوه. التهذیب ۶ / ۳۴۸.

۳- ۳) نسبه فی المستند إلی الصدوق فی الفقیه والشیخ فی التهذیب.

۴- ۴) جواهر الکلام ۴۰: ۳۹۰.

۵- ۵) وسائل الشیعه ۱۷: ۲۷۵/۱۰. أبواب التجاره، الباب ۸۳. فیه « علی بن حدید» فعن الشیخ: ضعیف جداً، وقد ضعفه غیره أیضاً.

فسأل: هل يجوز لی أن أقبض مالی أو أردّه علیه؟ فکتب: إقبض مالک مما فی یدک» (۱).

لکن هذه الروایه مجمله، لأنه لمّا لم یمکنه صرف المال فی الوجه الذی أمره به، فما هو وجه الأخذ منه فی قبال المال الذی کان له علیه؟ لأنه إن کان المال موجوداً فتحصل بین المالین المعاوضه القهریه بلا موجب، وإن لم یکن موجوداً فلا ضمان مع عدم التفریط، ولعلّ الروایه کانت تشتمل علی قرائن وخصوصیات لم تصل إلینا، وإلا فلم نجد فی الأخبار علی مورد أذن فیه الإمام علیه السلام بالتصرف فی مال الغیر بلا دلیل شرعی یقتضی جوازه.

فقد دلّت هذه الأخبار بإطلاقها علی جواز الأخذ من مال المقر الممتنع والمدین الجاحد، سواء تمکّن من الإستیذان من الحاکم أولا، وسواء کان ماله الذی بید الغاصب عیناً موجوده أو غیر موجوده.

ولو رفع الأمر - مع ذلک - إلی الحاکم، فإن کان عالماً بصدقه أذن له، وإلا لم یجز له الإذن حتی مقیّداً بکون المدّعی عالماً، کأن یقول له: قد أذنت لک فی الأخذ إن کنت عالماً بحقّک، بل لابدّ من إقامه البیّنه المثبته لحقّه عند الحاکم.

هذا، وقد استدلّ للقول بعدم الجواز: بأن التسلط علی مال الغیر علی خلاف الأصل، فیقتصر منه علی موضع الضروره وهی هنا منتفیه، ولأن الممتنع من وفاء الدین یتولّی القضاء عنه الحاکم ویعیّن من ماله مایشاء، ولا ولایه لغیره.

وأجاب فی (المسالک) بأن کون التسلّط علی مال الغیر بغیر إذنه خلاف

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۷: ۲۷۵/۸. أبواب ما یکتسب به، الباب ۸۳. والظاهر اعتبار سنده. ولکنه فی مورد الودیعه کما استدل به فی المستند.

الأصل مسلّم، لكن العدول عن مقتضى الأصل لدليل جايز وهو هنا موجود (۱).

وفى (الجواهر) : « بل يمكن معارضته بأصل عدم وجوب الرفع إلى الحاكم» (۲).

قلت: ليس المورد من قبل الشك السببى والمسببى، بأن يكون الشك فى جواز الأخذ مسبّباً عن الشك فى توقّفه على إذن الحاكم، حتى يكون جريان الأصل فى السبب - بأن يقال الأصل عدم وجوب الرجوع إلى الحاكم، وعدم توقّف الأخذ على إذنه - مزيلاً لموضوعه فى المسبب فيجوز الأخذ، بل إن هنا علماً إجمالياً بجواز الأخذ، إمّا بالإستقلال وإما مع إذن الحاكم، وانتفاء كلّ واحد منهما بالأصل يلازم ثبوت الآخر عقلاً لا شرعاً.

وبناء على تحقق التعارض بين هذين الأصلين، فإنهما يتساقطان ويكون المرجع قاعده نفى الضرر والضرار فى الإسلام.

وكيف كان، فإن ما ذهب إليه المشهور هو الأقوى، لأن النصوص الدالّه على الجواز تخصّص عمومات « لا يحلّ مال امرئ» (۳)وبها ينقطع الأصل المزبور، وكأن الإستدلال بأن الممتنع من الوفاء بالدين يتولّى القضاء عند الحاكم ويقوم مقامه، إجتهاد فى مقابله تلك النصوص.

وهذا الخلاف هو فى صوره وجود البيّنه والتمكن من الوصول إلى الحاكم، قال المحقق:

« ولو لم تكن له بيّنه أو تعذّر الوصول إلى الحاكم ووجد الغريم من جنس

۱- ۱) مسالك الأفهام ۱۴: ۷۱.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۰: ۳۹۰.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۵: ۱۲۰/۱. أبواب مكان المصلى، الباب ۳.

ماله، اقتصّ مستقلّاً بالإستيفاء» (۱).

قال فی (الجواهر) : بلا خلاف فیه عندنا، بل الإجماع بقسمیه علیه، لإطلاق الأدله المزبوره وغیرها (۲).

حکم الإقتصاص من الودیعه:

قال المحقق: « نعم، لو کان المال ودیعه عنده، ففی جواز الإقتصاص تردّد، أشبهه الکراهه» (۳).

أقول: اختلف الأصحاب فی جواز الإقتصاص من الودیعه، فذهب الشیخ فی (الاستبصار) والمحقق وأکثر المتأخرین کما فی (المسالک) و (الجواهر) إلی الجواز علی کراهه (۴)، وذهب الشیخ فی (النهایه) وجماعه إلی التحریم (۵)، ومنشأ الخلاف هو اختلاف الروایات بظاهرها فی هذه المسأله.

فممّا یدلّ علی الجواز: عموم الأدلّه السابقه فی المسأله المتقدمه، وخصوص:

۱ - خبر أبی العباس البقباق: « إنّ شهاباً ماراه فی رجل ذهب له بألف درهم واستودعه بعد ذلک ألف درهم. قال أبو العباس فقلت له: خذها فکان الألف التی

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۹.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۰: ۳۹۱.

۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۹.

۴- ۴) الاستبصار ۳: ۵۳/۱۷۲، ذیل الحدیث. مسالک الأفهام ۱۴: ۷۱. ایضاح الفوائد ۴: ۳۴۷. الدروس الشرعیه ۲: ۸۶. قواعد الأحکام ۳: ۴۴۸. مجمع الفائده والبرهان ۱۲: ۱۱۰. جواهر الکلام ۴۰: ۳۹۱.

۵- ۵) النهایه: ۳۰۷. غنیه النزوع ۲: ۲۴۰. الکافی فی الفقه: ۳۳۱. جواهر الفقه: ۲۲۸ - ۲۲۹، المسأله ۷۹۲.

أخذ منك، فأبى شهاب. قال: فدخل شهاب على أبى عبد اللّه عليه السلام فذكر ذلك له. فقال: أما أنا فأحبّ أن تأخذ وتحلف» (۱)فقد دلّ هذا الخبر على الجواز من غير كراهه.

۲ - وخبر على بن سليمان قال: « كتبت إليه: رجل غصب مالاً أو جاريه، ثم وقع عنده مال لسبب وديعه أو قرض مثل خيانه أو غصب (مثل ما خانه أو غصبه) ، أيحلّ له حبسه عليه أم لا؟ فكتب: نعم، يحلّ له ذلك إن كان بقدر حقّه، وإن كان أكثر فيأخذ منه ما كان عليه ويسلّم الباقى إليه إن شاء اللّه» (۲).

ومما احتجّ به القائل بالتحريم - بعد عمومات النهى عن التصرف فى مطلق الأمانه، والعمومات الدالّه على عدم جواز التصرّف فى مال الغير إلا بإذنه:

۱ - ما عن سليمان بن خالد قال: « سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن رجل وقع لى عنده مال، فكابرنى عليه وحلف، ثم وقع له عندى مال، آخذه (فآخذه) لمكان مالى الذى أخذه وأجحد وأحلف عليه كما صنع؟ قال: إن خانك فلا تخنه، ولا تدخل فيما عبته عليه» (۳).

۲ - ما عن معاويه بن عمار عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: « قلت له: الرجل يكون لى عليه حق فيجحدنيه، ثم يستودعنى مالاً إلى أن آخذ مالى عنده؟ قال: لا، هذه الخيانه» (۴).

۳ - ما عن ابن أخ الفضيل بن يسار قال: « كنت عند أبى عبد اللّه عليه

۱- ۱) وسائل الشيعه ۱۷: ۲۷۲/۳. أبواب ما يكتسب به، الباب ۸۳.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۱۷: ۲۷۵ نفس الباب السابق.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۱۷: ۲۷۴ نفس الباب السابق.

۴- ۴) وسائل الشيعه ۱۷: ۲۷۶/۱۱. أبواب ما يكتسب به، الباب ۸۳.

السلام ودخلت امرأه وكنت أقرب القوم إليها، فقالت لی: اسأله، فقلت: عمّاذا؟ فقالت: إن ابنی مات وترک مالاً کان فی ید أخی فأتلفه، ثم أفاد أخی مالاً فأودعنیه، فلی أن آخذ منه بقدر ما أتلف من شیء، فأخبرته بذلک فقال: لا، قال رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم: أدّ الأمانه إلی من ائتمنک ولا تخن من خانک» (۱).

قال فی (المسالک) : وفی هذا الحدیث دلاله من ثلاثه مواضع. . .

قلت: والوجه هو الجمع بین الطرفین، بالحکم بالجواز علی کراهه، فیحمل خبر أبی العباس - الظاهرفی عدم الکراهه - علی بعض الوجوه، کأن یکون رجوعه إلی الحاکم وحلفه عنده أحبّ إلی الإمام علیه السلام دفعاً لتوهّم الخیانه، أو أن یکون المراد أن أخذه یوجب فراغ ذمّه الرّجل وخلاصه من العقاب الاُخروی من هذه الناحیه، وهذا الأمر أحبّ إلیه علیه السلام، ومن هنا کانت الفتوی بالنسبه إلی من کان مدیناً لشخص، فمات الدائن وقد استقرّ علیه الحج، أن لا یسلّم المال إلی وارثه فی حال علمه بأنه لا یستأجر من یحج عن المیت، بل علیه أن یستأجر بذاک المال من یحج عنه.

ویحمل خبر ابن أخ الفضیل أیضاً - الدال علی المنع من وجوه - علی بعض الوجوه کما فی (المسالک) (۲).

ومع إمکان هذا الجمع الدّلالی لاتصل النوبه إلی الترجیح أو التساقط.

ص:۵۹۰

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۷: ۲۷۳ نفس الباب السابق.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۴: ۷۲.

لو كان من غير جنس الموجود:

قال المحقق: « ولو كان المال من غير جنس الموجود، جاز أخذه بالقيمه العدل ويسقط اعتبار رضا المالك بإلطاطه، كما يسقط اعتبار رضاه فى الجنس» (۱).

أقول: لا خلاف فى شىء من ذلك بيننا كما فى (الجواهر) ، فالحكم فى متّحد الجنس ومختلفه سواء، وهو مقتضى إطلاق الأدله السابقه وخصوص خبر ابن رزين فى الجاريه والدابّه الفارهه. وهذا فى صوره تلف المال الذى فى ذمّه الغاصب واضح.

وأما مع وجوده، فالكلام فى أنه هل يكون الذى بيده ملكاً له بهذا التقاص، بأن تتحقق المبادله القهريه بين المالين، أو يكون ما يأخذه صاحب الحق بدل الحيلوله، بمعنى تجويز الشارع له أخذ مال الغاصب بدل حيلولته بينه وبين تصرّفاته فى ملكه، نظير ما لو كسر شخص إناء إنسان، فإنه يجب عليه دفع ثمنه ثم يكون هذا المكسّر ملكاً لصاحب الإناء، بمعنى أن المال الذى دفعه كان فى مقابل الإتلاف، ولكن لا يخرج المكسر عن ملك صاحب الإناء، وتظهر الثمره فى الصلاه فيه مثلاً؟

ولا يبعد أن يكون الوجه الثانى هو الأظهر، إن كان الأمر نظير كسر الإناء، دون ما إذا كان نظير إلقائه فى البحر مثلاً حيث الماليه غير منتفيه.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۹.

جواز تولّی بیع الودیعه:

قال المحقق: « ویجوز أن یتولّی بیعها وقبض دینه من ثمنها دفعاً لمشقه التربص بها» (۱).

أقول: إن کـان التربص واجبـاً رفع وجوبه بـدلیل نفی الحرج، لکن له أن یتملّکهـا ثم یبیعها ولا حرج فی هـذه الصوره، نعم، بناءاً علی اعتبـار المماثله بین الودیعه والمال الـذی فی ذمه الغاصب یتم ما ذکره، کما أن ما ذکره صاحب (الجواهر) (۲)من أنه یجوز له بیع ثمنها إلی أن ینتهی إلی ما یساوی حقّه فی الجنس ثم یأخذه مقاصه، لا یمکن المساعده علیه.

والعمـده هو إطلاـق الأـدله، فإن مقتضاه عـدم اعتبار المماثله مطلقاً، أی سواء أمکن الاقتصار فی المقاصّه علی الأخـذ من جنس حقّه أو لم یمکن.

لو تلفت الودیعه قبل البیع فهل یضمن؟

قال المحقق: « ولو تلفت قبل البیع، قال الشیخ: الألیق بمذهبنا أنه لا یضمنها (۳)، والوجه الضمان، لأنه قبض لم یأذن فیه المالک، ویتقاصّان بقیمتها مع التلف» (۴).

أقول: قد وقع الخلاف فی الضمان بالتلف قبل البیع للإقتصاص، فإن هذا

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۹.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۰: ۳۹۴.

۳- ۳) المبسوط فی فقه الامامیه ۸: ۳۱۱.

۴- ۴) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۹.

يريـد حقّه من المـدين وذاك يريد ثمن ماله الذى تلف بيد هذا، فإن كان المثمن والثمن متساويين من حيث القيمه، فيقع التهاتر أو التقاص من الطرفين، وإن كان هذا أكثر فحقّه باق بمقداره، فإذا لم يضمن كان له التقاص مره اخرى، وهل يضمن؟

قال الشيخ: لا، وقال المحقق: « الوجه الضمان» .

وجه الأول: إن تسلّطه على المال كان بإذن من الشارع، وحينئذ، لا ضمان مع كون اليد مأذونه.

ووجه الثاني: هو إن مجرد الإذن الشرعى لا يقتضى عدم الضمان.

أقول: إن كـان المسـتفاد من النصوص جواز الاقتصاص مع خلوّها عن الإذن فى التصـرفات الاخرى وحتى عن الإمساك زماناً ثم التقـاص - والمفروض أنه لم يكن عنـده وديعه - فالضـمان متحقق بلا كلام، وإن تلف فى حال التقاص المأذون فيه فهـذا محل الكلام.

قال فى (الجواهر) : إنه لا منافاه بين إذن الشارع وبين الضـمان، بعد أن لم يكن فى شـىءمن النصوص الحكم بكونه قبض أمانه، فيندرج فى ما دلّ على عدم ضمانها، كما أنه ليس فى شيء من الأدلّه الشرعيه عنوان للأمانه الشرعيه على وجه يكون المقام منها موضوعاً وحكماً، إذ ليس إلا الإذن فى القبض لاستيفاء حقّه، وهو أعم من الإئتمان الذى لا يسـتعقب الضـمان كالإلتقاط ونحوه، وليس كـلّ مـا أذن الشـارع فى قبضه يكون أمـانه، خصوصـاً القبض لمصـلحه القـابض التى هى استيفـاء حقّه منها، بل ذلك من المالـك لا يقتضـى الائتمان المزبور، وحينئـذ، فتبقى قاعـده ضـمان مال المسـلم المسـتفاده من عموم « على اليـد» وغيره بحالها، ويتقاصّان بقيمتها مع التلف.

قلت: الإسـتدلال بالحـديث يتوقّف على عمومه للمقـام، لكن قاعـده اليـد جعلت حكماً مغيىً بوجوب الأداء، وفيما نحن فيه يبنى الأخذ على عدم الردّ ويريد

التقاص، بل إن هذه القاعده منصرفه عن اليد غير العدوانيّه، وإذا سقطت القاعده ولا دليل غيره، فالأصل عدم الضمان.

ثم قال فى (الجواهر) : « مضافاً إلى أن القبض للمقاصه هو قبض ضمان لا قبض مجان، بل هو أولى من قبض السوم» (1).

وفيه: إنه فرق بين الموردين، ففى قبض السوم أقدم القابض على القبض بانياً على دفع العوض، وقد أذن المالک بالقبض إذناً مقيّداً بالعوض، وإذن الشارع فى القبض هناک تابع لإذن المالک.

وفيما نحن فيه، قد عرفت عدم شمول قاعده اليد للمقام أو انصراف دليلها عنه، فبين المقامين فرق واضح.

وبناء على شمول القاعده للمقام، يقع البحث فى أنه هل أذن الشارع ملازم لعدم الضمان أو الإذن أعم؟ أما مع الشک فى ثبوت الضمان وعدمه، فهل المرجع هو عموم على اليد أو يستصحب حكم المخصص وهو « ليس على الأمين إلا اليمين» (2).

لقد تقرّر فى محله أن الحق استصحاب حكم المخصص، فيكون الحكم فى المقام عدم الضمان، مثل ما إذا قلنا بعدم شمول القاعده من أول الأمر.

وقال العراقى: « يمكن أن يقال بأن الشک فيه مسبب عن الشک فى صيرورته وليّاً على التصرف، فأصاله عدمها حاكمه على الأصل المزبور، بعد الجزم بأن ولايته السابقه على حفظه انعدمت، واستصحاب مطلق ولايته غير جار، لأنه من باب استصحاب الكلّى من القسم الثالث» .

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۳۵۴.

۲- ۲) انظر رساله قاعده ضمان اليد ضمن (اشاره السبق) : ۳۸.

قلنا: هنا مطالب:

الأـول: إن الولاـيه هنا ليست غير إذن الشارع فى التصـرف، فإنّه بمجرّد الإذن الشـرعى يكون الأمر موكولاً إليه، ولا نعنى بالولايه إلا ذلك.

الثانى: لو سلّمنا أن الولايه أمر زائد على الإذن، فإن اختلاف الموجب للولايه لا يوجب الإختلاف والتعدد فى الولايه نفسها، فإذا كان لشخص ولايه فى التصـرف فى المال من جهه الائتمان فى اليوم الماضى، وثبت له الولايه اليوم من جهه التقاص، لم يتحقق له فردان من الولايه.

والثالث: إن عـدم ثبوت الضـمان بالتصـرف بالأمس، كان من جهه إذن المالك، واليوم من جهه إذن الشارع، فعـدم ثبوته واحد، ومع الشك يستصحب بلا مانع.

ص:۵۹۵

مسألتان

الاولی: (من ادّعی ما لا ید لأحد علیه قضی له)

قال المحقق قدّس سرّه: « من ادّعی ما لا ید لأحد علیه قضی له» (۱).

أقول: هذه قاعده کلیّه تنطبق علی المصادیق المختلفه، فمن ادّعی ما لا ید لأحد علیه، سواء کان درهماً أو دیناراً أو حیواناً أو کتاباً أو غیر ذلک، وسواء کان بین جماعه أو لا، قضی له من غیر بیّنه ویمین، کما یقبل قوله عند جمیع العقلاء، وللحاکم أن یعتمد علی هذه السیره فیجعلها طریقاً إلی الواقع ومدرکاً لحکمه، إذ لا یشترط فی حکم الحاکم أن یکون فی مورد المرافعه دائماً.

فالملاک عند العقلاء أن یدّعی المدّعی الشیء الذی لا ید لأحد علیه ولا یکون معارض لهذا المدّعی، ولذا أضاف فی (القواعد) قید عدم منازعه أحد له (۲)، وهو ظاهر (المسالک) حیث قال بعد ذکر الروایه الآتیه: « ولأنه لا منازع له حتی یطلب منه البینه» (۳).

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۹.

۲- ۲) قواعد الأحکام ۳: ۴۴۹.

۳- ۳) مسالک الأفهام ۱۴: ۷۶.

والمراد من « اليـد» فی قوله « ما لا يد لأحد عليه» هی اليد الفعليه، بأن لا يكون لأحد يد على الشـیء حين الدعوى، والمراد من « قضـی له» أن يحكم الحـاكم - إن رجع إليه فی القضـيه - بكون الشـیء ملكـاً للمـدّعی، فكأنه يطبق فی تلك القضـيه الشخصـيه الفتوى الكليه بـأن من ادّعى شـيئاً ولا ـ معارض له فهو له، نظير ما إذا أفتی فتوى كلّيه بكون الحبوه للولـد الأكبر، ثم إذا سـئل عن مالك هـذا السـيف الموجود ضـمن تركه هـذا الميت - وهو يعلم بأن زيـداً هو الولـد الأكبر - حكم بكونه لزيد من جهه أنه من الحبوه، تطبيقاً لتلك الفتوى الكلّيه على هذه القضيه الشخصيه، فيكون بحكم الحاكم بمنزله ذی اليد.

وقد استظهر من (المسالك) أن المراد من « قضی له» عدم التعرّض له، وعدم منعه من التصرف فی العين، وهو بعيد.

فالـدليل على هذا الحكم هو السـيره العقلائيه، وعلى طبقها حكم الإمام عليه السـلام فيما رواه منصور بن حازم فی قضـيه هی من مصاديق تلك القاعده الكليه التی ذكرناها، ومن هنا قال المحقق قدّس سرّه:

« ومن بابه أن يكون كيس بين جماعه فيسألون هل هو لكم؟ فيقولون: لا ويقول واحد: هو لی، فإنه يقضی به لمن ادّعاه» (۱).

أی: كما رواه منصور بن حازم عن أبی عبد اللّه عليه السـلام قال: « قلت: عشره كانوا جلوساً وسطهم كيس فيه ألف درهم، فسأل بعضهم بعضاً ألكم هذا الكيس؟ فقالوا كلّهم: لا، وقال واحد منهم: هو لی، فلمن هو؟ قال: للذی

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۹.

ادّعاه» (۱).

ومن الأصحاب من استدلّ بهذه الروايه على الحكم فی غير هذه المسأله.

قلت: ومع كون الدليل منحصراً بها يشكل التعدّی عن موردها، فلابدّ من الأخذ بالقدر المتيقن من مدلولها.

وأما إشكال المحقق الأردبيلی بعدم إحراز كون « يونس» الراوی عن منصور هو « يونس بن عبد الرحمن» الثقه (۲)، فقد أجاب عنه فی (مفتاح الكرامه) بأن الشيخ وإن لم يذكر اسم أبيه فی التهذيب، لكن المذكور فی النهايه: يونس بن عبدالرحمن (۳).

واستدل فی (الجواهر) للحكم المذكور بأصاله صحّه قول المسلم وفعله، بل كلّ مدّع ولا معارض له (۴).

وأُشكل عليه: « بأن من المحقق فی محلّه عدم قيام دليل على وجوب حمل قول المسلم على الصحه بمعنى الصدق، فيكون الأصل فی قول المسلم الحجّيه إلاـ ما خرج بالدليل، بل ظاهر الأدله خلافه، نعم، الصحه بمعنى عدم اللغويه أو المشروعيه قام الدليل على وجوب حمله عليها، لكن الصحه بهذا المعنى لا ربط لها

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۷۴/۱. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۱۷.

۲- ۲) مجمع الفائده والبرهان ۱۲: ۱۱۱.

۳- ۳) سند الخبر صحيح، وما ذكرناه عن مفتاح الكرامه، هو صريح الشيخ الحر فی وسائل الشيعه وتجده فی النهايه: ۳۵۰ ط لبنان.

۴- ۴) جواهر الكلام ۴۰: ۳۹۷.

بالمقام ولا تنفع المستدل أصلاً، كما لا يخفى.

هـذا، مضافاً إلى ما أفاده الاسـتاذ العلامه من أنه لو كان الأصل فى قول المسـلم الحجّيه والصِّـدق، لكان وارداً على اليـد أيضاً لو كان فى مقابله يد نظير البينه، فلا يحتاج إلى إقامه البينه، وهذا مما لا يذهب إليه أحد» (۱).

أقول: إن المراد من أصاله حمل قول المسـلم وفعله على الصـحّه هو حمل أفعاله المتعلقه بنفسه، وسـماع كلامه فى كلّ أمر يتعلّق به على الصـحه، فلو ادّعى كون الشـىء له - ولم يكن له معـارض - سـمع قوله من جهه أنه أبصـر بـأُموره وبمعرفه مـا يملكه وما يتعلّق له به حق ويعود إليه من غيره، وبهـذا التقريب ينـدفع الإشـكال المـذكور، والنقض بعـدم سـماع قوله بالنسـبه إلى ما فى يد غيره، غير وارد، لوضـوح أنهـا دعوى بالنسـبه إلى أمر راجع إلى غيره، وقـد ذكرنـا أن مجرى الأصـل المزبور هو الامـور المتعلقه بنفسه، ومن هنـا يقبل قوله إن قال بالنسـبه إلى شـىء فى يـده: إنه ليس لى، وإن كان له يـد عليه، وليس قبول قوله هـذا من جهه كونه إقراراً.

وقد اسـتظهر صاحب (الجواهر) من الخبر المذكور قبول دعوى المدّعى ولو بعد قوله ليس لى، قال: بل قد يقال بظهور الصـحيح المزبـور فى قبـول دعـوى المـدّعى ولـو بعـد قوله: ليس لى، بنـاءاً على إراده الحقيقه من قوله كلّهم. قـال: ويمكن أن يكون على القواعد أيضاً، لأصاله صحه قوليه معاً باحتمال التذكر وغيره، لعدم المعارض (۲).

قلت: ما ذكره يتوقّف على أن يكون القائل هو لى من جمله القائلين: لا، وليس فى الخبر ظهور فى ذلك، فلابدّ من الأخذ بالقدر المتيقن وهو أن لا يكون منهم.

۱- ۱) كتاب القضاء للمحقق الآشتيانى: ۳۵۰.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۰: ۳۹۹.

وقال ابن إدريس بعد الروايه: « فقه هذا الحديث صحيح، وليس هذا مما أخذه بمجرّد دعواه وإنما لم يثبت صاحب سواه، واليد على ضربين: يد مشاهده ويد حكميّه، فهذا يده عليه يد حكميه، لأن كلّ واحد منهم نفى يده عنه وبقى يد من ادّعاه عليه حكميه، ولو قال كلّ واحد من الجماعه فى دفعه واحده أو متفرقاً هو لى، لكان الحكم فيه غير ذلك، وكذلك لو قبضه واحد من الجماعه ثم ادّعاه غيره، لم يقبل دعواه بغير بيّنه، لأن اليد المشاهده عليه لغير من ادّعاه، والخبر الوارد فى الجماعه أنهم نفوه عن أنفسهم ولم يثبتوا لهم عليه يداً لا ـ من طريق الحكم ولا ـ من طريق المشاهده، ومن ادعاه له عليه يد من طريق الحكم فقبلنا دعواه فيه من غير بينه، ففقهه ما حرّرناه، وأيضاً، إنما قال ادّعاه من حيث اللغه، لأن الدعوى الشرعيه من ادّعى فى يد غيره عيناً أو ديناً» (1).

وما ذكره قدّس سرّه مشكل جدّاً، ولو كان هنا يد وكانت العين فى الحقيقه للغير وقد تلفت بتلف سماوى، لزم أن يكونوا ضامنين له، وهذا لا يقول به أحد.

ص:٦٠٠

١- ١) السرائر فى الفقه ٢: ١٩٥.

الثانیه: (لو انکسرت سفینه فی البحر فما هو حکم ما خرج منه؟)

قال المحقق قدّس سرّه: « لو انکسرت سفینه فی البحر فما أخرجه البحر فهو لأهله، وما أُخرج بالغوص فهو لمخرجه، وبه روایه فی سندها ضعف» (۱).

أقول: لقد نسب هذا الحکم إلی الأشهر عن الأصحاب، والأصل فیه روایه قال المحقق: فی سندها ضعف.

قلت: عمل المشهور بها یجبر ضعف سندها، وهی خبر الشعیری، قال: « سألت الصادق علیه السلام عن سفینه انکسرت فی البحر، فأُخرج بعضها بالغوص وأخرج البحر بعض ما غرق منها. فقال: أما ما أخرجه البحر فهو لأهله، اللّه تعالی أخرجه لهم، وأما ما أُخرج بالغوص فهو لهم وهم أحق به» (۲).

إنما الکلام فی حکم المسأله بحسب القواعد مع غض النظر عن الروایه، سواء قلنا باعتبارها سنداً بالإنجبار أو قلنا بعدمه لعدم الموافقه علی الکبری أو عدم ثبوت عمل المشهور بها. . .

قد یقال: إن الوقوع فی البحر فی حکم التلف وإلا فلیس الإخراج بالغوص من الامور الموجبه لانتقال الملک، وحیث کان فی حکم التلف فقد خرج عن ملک

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۹.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۷: ۳۶۲/۲. أبواب اللقطه، الباب ۱۱.

مالكه، فمن أخرجه ملكه، كما تملك المباحات بالحيازه.

إلّاأنه مشكل جدّاً.

نعم، إنما يتم فی صوره إعراض المالک، بناءاً علی کون مجرّد الإعراض مخرجاً عن الملک، وقد استشکل فی (الجواهر) فی ذلک بأن زوال الملک یتوقف علی سبب شرعی کتوقّف حصول الملک علیه (۱).

لکن الظاهر: أن العقلاء یعتبرون الإعراض مخرجاً، فمن أعرض عن شیء له خرج عن ملکه عندهم، ولأن « الناس مسلّطون علی أموالهم» ، لکن الکلام فی الصغری، فإن کان الوقوع فی البحر مصداقاً للتلف الذی یزول معه اعتبار الملکیه أو مقروناً بالإعراض المخرج عن الملکیه، کان ما أخرجه الغائص ملکاً له.

وکیف کان، فالحکم فی المسأله ما ذکروه، للخبر المذکور، لانجبار ضعف سنده بعمل المشهور (۲)خلافاً للجواهر، واحتمال إراده کون الجمیع لأهله، کما فی

ص:۶۰۲

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۴۰۱.

۲- ۲) أقول: هذا سند الخبر: محمد بن الحسن بإسناده عن محمد بن أحمد بن یحیی عن أبی عبد اللّه، عن منصورابن العباس، عن الحسن بن علی بن یقطین، عن أُمیه بن عمرو عن الشعیری. وفیه ضعف من جهات، وانجبار ضعفه بالعمل - بناءاً علی القول به - یکون فیما إذا علم بأنه الذی استند إلیه الأصحاب وأفتوا علی طبقه. لکن فی المقام خبر آخر وهو: « محمد بن یعقوب عن علی بن إبراهیم عن أبیه عن النوفلی عن السکونی عن أبی عبد اللّه علیه السلام فی حدیث عن أمیر المؤمنین قال: وإذا غرقت السفینه وما فیها فأصابه الناس، فما قذف به البحر علی ساحله فهو لأهله وهم أحق به، وما غاص علیه الناس وترکه صاحبه فهو لهم) وسائل الشیعه الباب ۱۱ من أبواب اللقطه، وهو فی الکافی ۵ / ۲۴۲، وسنده معتبر علی ما تقدم منا فی بعض تعلیقات الکتاب. والخبر الأول وإن ذکره الشیخ فی النهایه - وبعض الفقهاء فی الکتب الفقهیه - غیر مذکور فی التهذیب علی ما ذکر مصحح الوسائل حیث قال « ما وجدت غیر الحدیث الذی رواه الکلینی فی ج ۵ ص ۲۴۲. ورواه الشیخ فی التهذیب سنداً ومتناً» انظر: التهذیب ۷ / ۲۱۹. وفی الخبر الثانی زیاده علی الأول، وهی جمله: « وترکه صاحبه» وفیها إشاره إلی قضیه أن الإعراض مخرج عن الملک، ومن هنا یتم حمل الحکم فی الأول علی هذه القاعده، ولا حاجه إلی الحمل علی الیأس کما فی السرائر، وبهذا یظهر ما فی کلام المحقق الرشتی من منع کون الإعراض سبباً لخروج المال عن ملک المعرض حتی یتملکه القابض بالحیازه قائلاً: « إذ لا دلیل علی ذلک» ، کما یظهر بذلک کون المقام صغری للقاعده بلا کلام.

(الجواهر) وعن بعضهم الجزم به (١)، خلاف الظاهر إنصافاً.

ص:٦٠٣

١- ١) جواهر الكلام ٤٠: ٤٠٠.

الكلام في: الإختلاف في دعوى الأملاك

اشاره

وفيه مسائل:

ص:۶۰۵

المسأله الأولی: وفیها صور:

الصوره الاولی: لو تنازعا عیناً فی یدهما ولا بیّنه

قال المحقق: « لو تنازعا عیناً فی یدهما ولا بینه، قضی بینهما نصفین، وقیل: یحلف کلّ منهما لصاحبه» (۱).

أقول: لو تنازعا عیناً ولا بیّنه لأحدهما، فتاره: تکون العین فی یدهما معاً، وأخری: تکون فی ید أحدهما خاصه، وثالثه: تکون فی ید ثالث.

ففی الصوره الاولی، لا خلاف فی أنه یقضی بینهما نصفین، بأن تکون نصف العین لهذا ونصفها الآخر لذاک، إلا أن الخلاف فی توقّف ذلک الحکم علی أن یحلف کلّ من المدعیین لصاحبه وعدمه، فظاهر المحقق قدّس سرّه هنا وجماعه الثانی (۲)، واختار فی (النافع) - کما قیل - الأول، وعلیه جماعه، بل قیل إنه المشهور (۳)، وتظهر الثمره فی صوره نکول أحدهما بناءاً علی التوقف، فإنه یحکم بکون کلّها للآخر.

واستدل للقول الأول: بأن هذه الصوره من مصادیق قولهم علیهم السلام:

ص:۶۰۷

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۰.

۲- ۲) کتاب الخلاف ۶: ۳۲۹، المسأله ۱. غنیه النزوع ۲: ۴۴۴. اصباح الشیعه: ۵۳۱.

۳- ۳) المختصر النافع: ۲۷۷. کشف الرموز ۲: ۵۰۷. المهذب البارع ۴: ۴۸۷. کفایه الأحکام ۲: ۷۲۵. مسالک الأفهام ۱۴: ۷۸. جواهر الکلام ۴۰: ۴۰۳.

« البينه على المدعى واليمين على المدعى عليه» (۱)وقوله صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: « إنما أقضى بينكم بالبيّنات والأيمان» (۲)بتقريب: إنّ كلّ واحد من المدّعيين قد وقعت يده فى الحقيقه على نصف العين المتنازع فيها، لأن يده على النصف الآخر معارضه بيد الآخر، فيكون كلّ واحد منهما ذا يد على نصف العين ومالكاً له بمقتضى يده، ومدّعياً لملكيه النصف الآخر الذى هو فى يد صاحبه، والآخر ينكر دعواه، فكلّ منهما مدّع ومدّعى عليه، وحيث أنه لا بيّنه لأحد الطرفين، وجب على كليهما اليمين باعتبار أنهما منكران، فإذا حلفا حكم بالتنصيف.

واستدل للثانى: بأن كلّ واحد منهما يدّعى ملكيّه كلّ العين، ولا ريب فى مخالفه دعوى أحدهما للواقع، وحينئذ، فلا كاشفيه ليد أحدهما بالنسبه إلى ملكيه الكلّ، لوجود المعارض، بل يتساقطان، فلا مدّعى ولا مدّعى عليه، ويكون الحكم هو التنصيف، وقد ادّعى عليه الإجماع، وهو ظاهر المرسل المنجبر ضعفه بما ذكر، حيث روى « إن رجلين تنازعا دابّه ليس لأحدهما بيّنه، فجعلها النبى صلّى اللّه عليه وآله وسلّم بينهما» (۳)فيكون المورد نظير العين التى يدّعيها اثنان ولا يد لأحدهما عليها، فالحكم هو التنصيف لا القرعه، للنص والإجماع، وليس مورداً للحلف.

ويحتمل هنا الحكم بالتحالف، بأن يحلف كلّ واحد على ما يدّعيه ونفى ما يدّعيه الآخر، ثم يقع البحث فى كيفيه الحلف.

ولو فرض أن كلّ واحد جاء ببيّنه على ما يدّعيه، فإن البيّنتين تتعارضان،

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۳۴ الباب ۳ من ابواب كيفيه الحكم.
۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۳۳/۳. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۳.
۳- ۳) سنن البيهقى ۱۰: ۲۵۵.

فإن حلف أحدهما طبق بيّنته حكم له، وإن لم يحلفا أو حلف كلاهما حكم بالتنصيف.

وربما يجمع بين القولين الأولين فى المسأله بأن القول بالحلف هو فى صوره مطالبه الخصم، والقول بعدم لزومه هو فى صوره عدمها، وهذا الجمع يخالف ظاهر كلمات القوم.

وصاحب (الجواهر) ينكر شمول قاعده « البينه على المدّعى واليمين على المدّعى عليه» لهذه الصوره، بتقريبين:

ففى الأول: بسقوط اليد بالمعارضه، فلا مدّعى عليه، فيحكم بالتنصيف، عملاً بالنص، أو من جهه أنه طريق عقلائى، إذ متى لم يمكن العمل بمقتضى كلا اليدين معاً فيحكم العقلاء بذلك.

وفى الثانى: إنه لا مدّعى فى هذا المقام، من جهه أن كلّاً منهما ذو يد، فكلّ منهما مدّعى عليه، ولذا لو ادّعى ثالث هذه العين طالباه بالبينه على ما يدّعيه، ثم قال: اللهم إلا أن يقال إن اليمين هنا لترجيح أحد السببين كالترجيح بها لاحدى البينتين. . .

قلت: ولكن لا دليل على كون اليمين مرجحه فيما نحن فيه.

قال: أو يقال: إن لكلّ منهما إحلاف صاحبه، بمعنى أن التحالف أمر راجع إليهما لا يجبر الحاكم عليه ولا يتوقف عليه القضاء بالنصف، بل كلّ منهما ميزان القضاء. وكأن هذا هو الذى فهمه الإصبهانى فى كشفه عن المصنف فى النافع.

ثم إن صاحب الجواهر تنظّر فيما ذكره كاشف اللثام.

وحاصل كلام (الجواهر) هو اختيار القول الأول [1].

١- ١) جواهر الكلام ٤٠: ٤٠٣.

لكن الإنصاف أن القول الثانى غير بعيـد، لأن أهل العرف يرون لكلّ واحـد منهما يداً على النصف، فتحقق صـغرى قاعده « البينه على المدّعى واليمين على المدّعى عليه» .

أما حق الدعوى، ففى سقوطه بإسقاط صاحبه تأمل، وعلى فرضه، فإنه لا يحكم الحاكم بكون مورد الدعوى للمدّعى عليه.

وحيث رضـى المـدعى بيمين صـاحبه وحلـف، فقـد ذهبت اليمين بحقّه، وعلى هـذا يمكن حمـل القول الثـانى، أى إنه مع رضـا الخصم بيمين خصـمه فلا تـداعى بينهما حتى يحلف كلاهما، بل إن حلف الخصم أخـذ الكلّ، فلا تنصـيف، فالقول بالحلف هو فى صوره تحقق التـداعى بينهما، لكن يبقى الكلام فى كفايه الرضا باليمين هنا، مع أن المورد ليس مورداً حقيقياً لقاعده المدّعى والمنكر، إلا أن يقال بعموم نصوص « ذهبت اليمين بحقه» لهذا المورد.

ولو لم يكن بينهمـا تـداع وقـد ماتـا والعين فى أيـديهما، فهى على النصف بينهما، لعـدم التـداعى، وعلى تقـديره من الورثه، فإن حلف أحدهما دون الآخر برضاه أخذ العين كلّها، وإن تداعيا فالقولان.

وإن ادّعى أحد الشـريكين فى تركه على الآخر العلم باسـتحقاق جميع تلك العين بهبه المورّث مثلاً، فهنا يحلف الآخر على نفى العلم.

ولو ادّعى الآخر هذه الدعوى كذلك، وقع التداعى، فيحلفان على نفى العلم.

وعلى القول الثانى، فمن الذى يحلف أوّلاً؟ المتّجه وفاقاً للجواهر يتّصل الأسبق منهما، ومع الاقتران قال: يقدّم من كان على يمين صاحبه، ويحتمل القرعه أو جعل الأمر بيد الحاكم نفسه.

ص:۶۱۰

الصوره الثانيه: لو كانت يد أحدهما عليها

قال المحقق قدّس سرّه: « ولو كانت يد أحدهما عليها، قضى بها للمتشبث، مع يمينه إن التمسه الخصم» (۱).

أقول: والصوره الثانيه: أن تكون يـد أحـد المتنازعين على العين، وهـذه الصوره هى المصداق المتيقّن لأدلّه: « البيّنه على المدّعى واليمين على المـدّعى عليه» فصاحب اليـد هو المـدّعى عليه والآخر المـدعى، والمفروض عـدم البينه، فيحلّف من هى بيـده، فإن حلف قضى بكونها له، وإن نكل عن اليمين فالقولان: من القضاء بالنكول أو مع ردّ اليمين.

الصوره الثالثه: لو كانت يدهما خارجه وفيها صور:

اشاره

قال: « ولو كانت يدهما خارجه، فإن صدّق من هى فى يده أحدهما أُحلف وقضى له» (۲).

۱ – أن يصدّق من هى بيده أحدهما

أقول: والصوره الثالثه: أن تكون العين فى يـد ثالث ويـدهما معاً خارجه عنها، فهنا صور، ذكر المحقق الاولى بقوله: (فإن صـدق من هى فى يـده أحـدهما أُحلف وقضـى له) ووجه ذلك: أن العين تكون بإقرار الثالث ملكاً لزيـد مثلًا، فيكون زيد صاحب اليد على العين والمدّعى عليه وعمرو هو المدعى، وحيث أنه لا بيّنه فى المقام، فإنه يحلف زيد ويقضى له، كذى اليد فى قيام الشاهد الواحد فعلًا على ملكه.

۱– ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۰.

۲– ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۰.

لكن هنا بحث، من جهه أن ذا اليـد فى هذه الصوره هو الثالث، وقد كانت العين فى يده من أول الأمر، فإن صدّق زيداً فى دعواه كون العين له، فـإن القـدر المسلّم به من تأثير هـذا الإقرار خروج العين عن ملك الثالث، لأن « إقرار العقلاء على أنفسـهم جائز» وأما حجيه هذا الإقرار فيما زاد عن ذلک - وهو كون العين لزيد المقرّ له - فإنها مبنيه على القول بحجيه الإقرار بالنسبه إلى الغير، وهـذا أمر مختلف فيه، كما تقـدم فى محلّه، فإنه - بناءاً على القول بعـدم ترتب الأثر على الإقرار بالنسـبه إلى الغير - تخرج العين هنا عن ملک الثالث، ولا يكون زيد ذا يد عليها حتى لو سـلّمها الثالث إليه بعد الدعوى، بل تكون عيناً لا يد لأحد عليها، وتجرى حينئذ أحكام تلک الصوره.

وبالجمله، فقول الأكثر بكون زيـد المقرّ له ذا يد، يتوقّف على أن يكون إقرار الثالث حجه شـرعيه بالنسـبه إلى زيد، فيكون ذا يد على العين ومدّعى عليه، وإلا فلا دليل على ذلک، نعم، ذكر فى (المستند) دليلين:

أحـدهما: بناء العقلاء على جعل زيـد فى مفروض المسأله ذا اليـد على العين ويعاملونه معامله المالک للمال، وهذا نص كلامه: « ويدلّ على كونه للمصدّق له: إنه حينئذ يكون ذا اليد، فإن ظاهر العرف أن من أسـباب صدق اليد كون الشـیء تحت تصرف من ثبت أنه مباشره، كالوكيل والأمين والمستودع والمستأجر والمستعير، أو أقرّ بذلک. . .» .

والثانى: الروايات، حيث قال: « ويدلّ عليه أيضاً أنه أقر الثالث بكونه له، ومن أقّر شـيئاً فى يده لأحد فهو له. . . للمسـتفيضه الدالّه على من أقر بعين لأحد فهو له:

كمرسله جميل: فى رجل أقرّ أنه غصب رجلاً على جاريته وقد ولدت

الجاريه من الغاصب، قال: تردّ الجاريه وولدها على المغصوب إذا أقر بذلك أو كانت له بينه» (۱). . .

وصحيحه سعد بن سعد: « عن رجل مسافر حضره الموت، فدفع مالاً إلى رجل من التجّار، فقال: إن هذا المال لفلان ابن فلان ليس له فيه قليل ولا كثير، فادفعه إليه يصرفه حيث شاء، فمات ولم يأمر فيه صاحبه الذى جعله له ما مرّ، ولا يدرى صاحبه ما الذى حمله على ذلك، وكيف يصنع؟ قال: يضعه حيث شاء» (۲).

ومثلها صحيحه إسماعيل الأحوص. . . (۳).

وصحيحه أبى بصير « عن رجل معه مال مضاربه فمات وعليه دين، فأوصى أن هذا الذى ترك لأهل المضاربه، أيجوز ذلك؟ قال: نعم، إذا كان مصدقاً» (۴)أى لم يكن متّهماً.

ويؤيده أيضاً روايه المهتدى: « إن أخى مات فتزوّجت امرأته، فجاء عمّى وادّعى أنه تزوّجها سرّاً، فسألتها عن ذلك، فأنكرت أشد الإنكار، وقالت: ما كان بينى وبينه شىء قط. فقال: يلزمك إقرارها ويلزمه إنكارها» (۵)(۶).

ثم إن الحكم لزيد المقرّ له يتوقف على يمينه، أما الثالث فلا يمين عليه وإن كان ظاهر عباره (القواعد) وجوبها عليه حيث قال: « ولو كانت فى يد ثالث حكم لمن

ص:۶۱۳

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۱: ۱۷۷/۱. أبواب نكاح العبيد والإماء، الباب ۶۱.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۱۹: ۲۹۳/۶. كتاب الوصايا، الباب ۱۶.

۳- ۳) المصدر ۱۹: ۲۹۳، ذيل ح۶.

۴- ۴) المصدر ۱۹: ۲۹۶/۱۴. كتاب الوصايا، الباب ۱۶.

۵- ۵) المصدر ۲۰: ۲۹۹/۱. أبواب عقد النكاح، الباب ۲۳.

۶- ۶) مستند الشيعه ۱۷: ۳۵۱ - ۳۵۳.

يصدّقه بعد اليمين منهما» (۱). نعم، يتوجّه عليه اليمين إن طالب عمرو بها، وهل يحلف على نفى العلم بكونها له أو على البت؟ قال جماعه بالأول، وفى (الجواهر) : الظاهر توجّه اليمين عليه على البت لأنه مدّعى عليه (۲).

قلت: ومنشأ الخلاف هو الاختلاف فيمن هو المدّعى عليه فى هذه الصوره، وقد أشرنا إلى ذلك.

وكيف كان، فإن نكل زيد حكم بكونها لعمرو، إما بمجرّد النكول وإما مع اليمين المردوده على القولين، وإن نكلا جميعاً فالحكم هو التنصيف.

ثم إن لعمرو أن يدّعى على الثالث دعوى جديده، بعنوان كونه السبب فى تلف ماله بتصديقه دعوى زيد دونه، ثم حكم الحاكم بكون العين لزيد على أثر تصديقه له، فيكون الثالث حينئذ مدّعى عليه وعليه اليمين، فإن نكل عنها لزمه الغرم، إما بمجرده وإما بعد اليمين المردوده، والوجه فى صحه هذه الدعوى على الثالث كونه السبب فى تلف المال من عمرو - وإن كان تملّك زيد له بحكم الحاكم - لأن السبب أقوى من المباشر.

وقد يستدل لذلك بعموم التعليل الوارد فى خبر عمر بن حنظله: « فى رجل قال لآخر: اخطب لى فلانه، فما فعلت من شىء مما قاولت من صداق أو ضمنت من شىء فذلك رضى لى وهو لازم لى، ولم يشهد على ذلك، فذهب فخطب له وبذل عنه الصداق وغير ذلك مما طالبوه وسألوه، فلمّا رجع إليه أنكر له ذلك كلّه. قال: يغرم لها نصف الصداق عنه، وذلك أنه هو الذى ضيّع حقّها» الحديث (۳).

ص:۶۱۴

۱- ۱) قواعد الأحكام ۳: ۴۶۸.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۰: ۴۰۷.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۱۹: ۱۶۵/۱. كتاب الوكاله، الباب ۴.

وكيفما كان معنى الروايه، فإن محلّ الإستدلال قوله عليه السلام: (وذلك أنه هو الذى ضيّع حقها) فإن هذا التعليل يشمل ما نحن فيه، وحيث أن دعوى عمرو على الثالث هى بعنوان كونه المضيّع لحقّه، فإنه يلزم الثالث الغرم.

وهل الغرم بمقدار ثمن العين أو نصف ثمنه؟ الظاهر هو الأول، فيكون نظير ما إذا أقرّ بكون العين لزيد فدفعها إليه بحكم الحاكم، ثم أقر بكونها لعمرو، فإنه يلزم بدفع ثمن العين كلّه.

ولو أراد الثالث أن يحلف، فهل يحلف على البت أو على نفى العلم بكون العين ملكاً لعمرو المدعى؟

قيل بالأول.

وأُشكل عليه بأن الدعوى قد انصرفت عنه بإقراره وحكم الحاكم، فلو أراد الحلف على البت كان فى مال الغير، بل عليه أن يحلف على نفى العلم بكونها له.

أقول: إنه بناءاً على ما ذكرنا فى كيفيه طرح دعوى عمرو على الثالث، يتعيّن اليمين على البت، لأن الإتلاف فعل نفسه.

على أن الإتلاف لا يدور مدار العلم، فمن أتلف مال غيره ضمن، سواء كان عالماً أو جاهلاً أو ناسياً، إذ الموضوع للضمان هو الإتلاف وهو هنا متحقق حسب دعوى المدّعى.

هذا، وفى (القواعد) : « ولو كانت فى يد ثالث، حكم لمن يصدّقه بعد اليمين منهما» (۱).

ومرجع الضمير فى « منهما» هو المصدق، أى الثالث والمصدق المقرّ له.

ص:۶۱۵

۱- ۱) قواعد الأحكام ۳: ۴۶۸.

وأشـكل عليه فى (الجواهر) بأنه لا أثر ليمين الثالث فى حكم الحاكم بكون العين للمصـدّق، قال: ويمكن تعلّق « منهما» بقوله: « يصدقه» ، فيكون المراد بعد اليمين من المقرّ له، وحينئذ، تكون كعباره المصنف. لكنه خلاف الظاهر (١).

٢ – أن يصدّق من هى بيده كليهما

والصوره الثانيه: أن يصدّق كليهما، قال المحقق « وإن قال: هى لهما، قضى بها بينهما نصفين، واُحلف كلّ منهما لصاحبه» (٢).

أقول: فى هـذه الصّوره، تخرج العين من يد الثالث، وتكون كالصّوره التى هى فى يد المتنازعين، فيحكم بالتنصـيف مع التحالف أو بدونه على القولين.

وحينئـذ، يجوز لكلّ منهما الرجوع على الثالث فيدّعى عليه تضـييع نصف المال عليه، فإن حلف – بتّاً على نفى العلم على القولين – فهو، وإلا وجب عليه دفع ثمن النصف لكلّ واحد منهما.

ويـترتّب على القول بالتحـالف: أنه إن حلفـا فالتنصـيف وإن نكلاـ فكـذلك، وإن حلف أحـدهما دون الآـخر كـانت العين كلّها للحالف، وكان للناكل منهما الرجوع على الثالث، فإن حلف فهو وإلا وجب عليه الغرم وهو النصف، لأن المفروض أنه قـد ضـيّع عليه النصف بإقراره بكون العين لهما معاً.

٣ – أن يكذّب من هى بيده كليهما

والصوره الثالثه: أن يكذب كليهما فيقول ليست لكما قال المحقق قدّس سرّه « ولو دفعهما أُقرّت فى يده» (٣).

أقول: إن كذب الثالث كليهما كانا مدعيين وهو المدّعى عليه، وحيث لا بينه

١- ١) جواهر الكلام ۴٠: ۴٠٧.

٢- ٢) شرائع الإسلام ۴: ١١٠.

٣- ٣) شرائع الإسلام ۴: ١١٠.

لهمـا، يجب على الثـالث اليمين على نفى كون العين لهمـا، وهل يشترط تعيين المالك أو يكفى إنكار كونها لهما؟ قالوا بالثانى، فإذا حلف أُقرت العين فى يده وارتفع النزاع.

وعن المحقق الأردبيلى (١): إنه يحلف على نفى العلم بكونها لهما لا على البت.

ولعلّ الوجه فيمـا ذكره هو: أن اليمين على نفى كونهـا لهما، يمين فى ملك غير الحالف، ولا فائـده لليمين فى ملك الغير، سواء كـان نفيـاً أو إثباتـاً، ووجه مـا ذكره القوم من كون اليمين على البت هو: إنه يكفى لتوجّه اليمين إليه كون مورد اليمين فى يـده، فيقولان له: إن الذى فى يدك لنا، فيحلف على نفى كونه لهما.

وكيف كان، فإذا حلف سـقطت دعواهما، وإن نكل، فإن كان نكوله بالنسبه إلى كليهما معاً، كانت العين كالعين التى هى فى يد المتنـازعين، فيتحالفـان على القول المشـهور ويحكم بالتنصـيف، وعلى قول المحقق قـدّس سـرّه يحكم به من دون تحالف، وإن نكـل عن اليمين لأحـدهما دفعت العين للـذى حلف له بنـاء على كفـايه النكول، وبعـد الردّ واليمين على القول الآـخر، ولاـ يغرم الثالث النصف الآخر، لبطلان قوله « ليست لكما» بنكوله، ثم للآخر أن يـدّعى على ذى اليـد، فتكون صـغرى لقاعـده « البينه على المدعى واليمين على المدّعى عليه» فإن نكل المدّعى عليه عن اليمين فالقولان.

۴ – أن يقرّ من هى بيده لأحدهما غير المعيّن.

والصـوره الرابعه: أن يقرّ بكـون العين لأحـدهما لاـ على التعيين. وفى هـذه الصـوره تكون العين كـالعين الـتى هى تحت يـدهما، فيحكم بالتنصيف على ما تقدم فى تلك الصوره.

ص:۶۱۷

۱– ۱) مجمع الفائده والبرهان ۱۲: ۱۹۰.

لكن عن (القواعـد) : « قرع بينهما، لتساويهما فى الدعوى وعدم البينه» (۱)وعن (التحرير) : « فمن خرجت باسـمه حلف وكانت له، فإن نكل حلف الآخر، وإن نكلا قسّمت بينهما» (۲).

وعن (التذكره) التحالف، فإن حلفا أو نكلا كانت بينهما، وإلا فللحالف (۳).

وفى (المسـتند) : « قيل: يحتمل القرعه، فيحلف من خرجت له، فإن نكل حلف الآخر، وإن نكلا قسّـمت بينهما. ويحتمل القضاء بينهما نصفين ابتداءاً بعد حلفهما أو نكولهما كما لو كانت بيدهما (۴).

أقول: بل الأوجه الثانى، لروايه السكونى: قال أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل أقرّ عند موته لفلان وفلان لأحدهما عندى ألف درهم، ثم مات على ذلك، فقال: أيّهما أقام البيّنه فله المال، فإن لم يقم واحد منهما البيّنه فالمال بينهما نصفان (۵).

لكن الظاهر من الروايه التنصيف بدون الإحلاف، بل هو مقتضى إطلاقها، فالقول به - كما فيما إذا كان فى أيديهما معاً - أوجه.

وحكم الفاضل فى (القواعد) بالقرعه بينهما من غير ذكر حلف. كان حسناً لولا الروايه المذكوره» .

أقول: قد عرفت وجه القول بالتنصيف.

۱- ۱) قواعد الأحكام ۳: ۴۶۹.

۲- ۲) تحرير الأحكام ۵: ۱۸۶.

۳- ۳) تذكره الفقهاء ۲: ۲۸۱ (حجرى) . وعنه كشف اللثام ۱۰: ۱۸۹.

۴- ۴) مستند الشيعه ۱۷: ۳۵۴.

۵- ۵) وسائل الشيعه ۱۹: ۳۲۳/۱. أبواب الوصايا، الباب ۲۵.

وأما القول بالقرعه، فوجهه ما ذكره العلامه فی (القواعد) (۱)، إذ مع تساویهما فی الأمرین یکون صاحب المال أو ذو الید مجهولاً، لتردده بین الشخصین، والأمر المجهول یعرف بالقرعه.

فقیل: یحلفان مع ذلک، لأنه بالقرعه یعیّن ذو الید فیکون المدّعی علیه، ویکون الآخر المدّعی، فإن لم یحلف المدّعی علیه وردّت الیمین علی المدّعی لزمته.

وقیل: بعدم لزوم الیمین مع القرعه، لأنها قد عیّنت صاحب المال، فلا حاجه إلی الیمین حینئذ.

لکن الصحیح عدم الحاجه إلی القرعه مطلقاً، بعد وضوح الحکم بظهور الأدله فی التنصیف.

۵ – أن یقول من هی بیده لیست لی ولا أدری لمن

والصوره الخامسه: أن یقول الثالث: لیست العین لی ولکن لا أدری لمن هی، أو یقول: لا أدری أنها لی أو لهما أو لغیرهما.

والحکم فی هذه الصوره هو الحکم فی العین التی لا ید لأحد علیها – وإن کان بین القولین المذکورین فرق من جهه سنذکره – وقد ادّعاها اثنان، وقد ذکر فی (العروه) فیها وجوهاً:

الأول: إجراء حکم المدّعی والمنکر، لکون کلّ منهما مدّعیاً ومنکراً، فمع حلفها أو نکولهما تقسم بینهما، ومع حلف أحدهما ونکول الآخر تکون للحالف لقوله علیه السلام: البینه للمدعی. . . إلخ، ولروایه إسحاق بن عمّار: « فلو لم یکن فی ید واحد منهما وأقاما البینه؟ قال: أحلفهما فأیّهما حلف ونکل الآخر جعلتها

۱– ۱) قواعد الأحکام ۳: ۴۶۹.

للحالف» (۱).

قال السيد رحمه اللّه: «وفيه: منع صدق المدّعى والمنكر، بل كلّ منهما مدّع، فيكون من التداعى. وأما الروايه فمختصه بصوره البيّنه فلا تشمل المقام» (۲).

والثانی: التحالف، للتداعی، فإذا حلفا قضی بالتنصيف بينهما.

والثالث: القرعه، من جهه أنه أمر مجهول، والقرعه لكلّ أمر مجهول.

والمختار هو الوجه الثانی تبعاً للسيد فی (العروه) .

وقد نسب الأول - تبعاً للمستند - إلى المحقق الأردبيلی (۳)، لكنّ كلامه يفيد اختياره للوجه الثانی لا الأول، ويشهد بذلک عدم ظهور روايه إسحاق فيما نسب إليه.

أما الثالث، فقد اختاره المحقق النراقی، فقال ردّاً على القول الأول:

«الحلف أمر شرعی يتوقّف على التوقيف، ولا أرى دليلًا على حلفهما هنا والحكم بنكولهما أو نكول الناكل، والروايه مخصوصه بصوره إقامتهما البينه، والتعدّی يحتاج إلى الدليل، والقرعه لكلّ أمر مجهول، فالرجوع إليها أظهر، كما حكم به علی عليه السلام فی روايتی أبی بصير وابن عمار.

الاولی: بعث رسول اللّه غ إلى اليمن فقال له حين قدم: حدثنی بأعجب ما ورد عليک، قال: يا رسول اللّه، أتانی قوم قد تبايعوا جاريه فوطئوها جميعاً فی طهر واحد، فولدت غلاماً فاختلفوا فيه، كلّهم يدّعيه، فأسهمت بينهم وجعلته للذی

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۵۰/۲. أبواب كيفيه الحكم وأحكام الدعاوی، الباب ۱۲.

۲- ۲) العروه الوثقی ۳: ۱۲۶.

۳- ۳) مستند الشيعه ۱۷: ۳۵۵، مجمع الفائده والبرهان ۱۲: ۲۲۷.

خرج سهمه وضمنته نصيبهم (۱). الحديث.

والاخرى: إذا وطى رجلان أو ثلاثه جاريه فى طهر واحـد فولـدت فادّعوه جميعاً، أقرع الوالى بينهم، فمن قرع كان الولـد له، يردّ قيمه الولد على صاحب الجاريه» (۲)الحديث.

وعمل بها الأصحاب طرّاً فى مورده من غير إحلاف (۳).

وأجـاب السـيد فى (العروه) عن الاسـتدلال المـذكور بـأنه: « لا واقع مجهول فى المقام حتى يعيّن بالقرعه، لعـدم كون العين فى يدهما واحتمال كونها لثالث غيرهما. والروايتان مخصوصتان بموردهما» (۴).

قلت: كأن المحقق النراقى يريد إلغاء خصوصيّه « الولد» المتنازع فيه الذى لا يمكن القضاء بتنصـيفه، ولا طريق إلى معرفه من هو له، لا باليمين ولا بالبينه، حتى يتمكّن من التعدى منه إلى المال، لكن الإنصاف أن إلغاء هذه الخصوصّيه فى الروايتين أصعب من إلغاء الخصوصّيه فى روايه إسحاق.

وبمـا ذكرنـا يظهر عـدم قـابليه الروايـتين للمعـارضه مع عمومـات « الـبيّنه على المـدّعى واليمين على من أنكر» ، وجعـل مـدلول العمومـات: إن كـلّ بينه على المـدّعى وكـلّ يمين على المنكر، لا ـ أن كـلّ مـدّع ومنكر عليه الـبينه واليمين يخـالف ظـاهر تلك الأخبار، ولو تمّ ذلك لسقطت عن الإستدلال حتى فى موارد وجود المدّعى

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۵۸/۵. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۱۳.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۶۱/۱۴. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۱۳.

۳- ۳) مستند الشيعه ۱۷: ۳۵۵ - ۳۵۶.

۴- ۴) العروه الوثقى ۳: ۱۲۷.

والمدّعى عليه، ومن هنا لم يوافق عليه النراقى نفسه.

فالحاصل: إن الذى يدعى كون الشىء ملكاً له فى مقابل دعوى غيره لذلك أيضاً، يصدق عليه « المنكر» عرفاً، فتشمله العمومات، كالروايه الوارده فى قضيه فدك، وروايه ابن أبى يعفور (۱)وغيرهما.

إذن، يوجد عندنا دليل على الحلف فى المورد، وأن دعوى التعارض الذى ذكرها رحمه اللّه فى غير محلّها.

فتلخّص: إن الصحيح هو الوجه الثانى.

ثم، هل الرجوع إلى القرعه يختص بمورد الأموال فقط أو يمكن تعيين الحجه الشرعيه بها كذلك؟ لا ريب فى ترجيح احدى الروايتين على الاخرى بالقرعه، وفى بعض الأخبار يتعيّن ذو اليد فى بعض الموارد عند التردّد بين شخصين، فللقائل بالقرعه فى مسألتنا أن يقول بحلف ذى اليد للمدّعى، فلا يرد إشكال (الجواهر) .

وأما الفرق بين قول الثالث: « ليست لى ولا أدرى أنها لمن» وقوله: « لا أدرى أنها لى أولهما أو لغيرهما» فهو: أنه فى الأول ينفى كون العين له فيخرج

۱- ۱) عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى حديث فدك: إن أمير المؤمنين عليه السلام قال لأبى بكر: أتحكم فينا بخلاف حكم اللّه فى المسلمين؟ قال: لا. قال: فإن كان فى يد المسلمين شىء يملكونه ادعيت أنا فيه من تسأل البينه؟ قال: إياك كنت أسأل البيّنه على ما تدّعيه على المسلمين. قال: فإذا كان فى يدى شىء فادّعى فيه المسلمون تسألنى البيّنه على ما فى يدى، وقد ملكته فى حياه رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم وبعده ولم تسأل المؤمنين البينه على ما ادّعوا على كما سألتنى البيّنه على ما ادّعيت عليهم - إلى أن قال - وقد قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: « البيّنه على من ادّعى واليمين على من أنكر» . وسائل الشيعه ۲۷: ۲۹۳/۳. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۲۵. وعن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقّه فاستحلفه أن لا حق له قبله، ذهبت اليمين بحق المدعى فلا دعوى له. قلت له: وإن كانت عليه بينه عادله؟ قال: نعم وإن أقام بعد ما استحلفه باللّه خمسين قسامه ما كان له، وكانت اليمين قد أبطلت كل ما ادعاه قبله مما قد استحلفه عليه. وسائل الشيعه ۱۸ / ۱۷۸.

بـإقراره عن أطراف الشـبهه، بخلاـف الثـانى، ولـذا احتمـل فى الثـانى القضاء بكون العين له، لكون يـده عليها وأن جهله لا ينفى ملكيّته للعيـن، وحينئـذ، يمكـن إحلافه على نفى العلـم، فـإن حلـف أُبقيـت العين فى يـده، وإن نكـل أُخـذت منه وسلّمت إلى المدعيين ويقضى بينهما بأحد الوجوه المذكوره.

ص:۶۲۳

المسأله الثانيه: فی تعارض البیّنات

اشاره

قال المحقق قدّس سرّه: « یتحقق التعارض فی الشهاده مع تحقق التضاد، مثل أن یشهد شاهدان بحق لزید ویشهد آخران أن ذلک الحق بعینه لعمرو، أو یشهدا أنه باع ثوباً مخصوصاً لعمرو غدوه، ویشهد آخران ببیعه بعینه لخالد فی ذلک الوقت، ومهما أمکن التوفیق بین الشهادتین وفق» (۱).

أقول: کان موضوع البحث فی المسأله الاولی تنازع الشخصین فی ملکیّه عین خارجیه، ولا بینه لأحدهما علی دعواه، وقد تقدّمت صورها وأحکامها.

وموضوع هذه المسأله حصول التنازع بین الشخصین فی ملکیّه العین مع فرض وجود البینه، فإن کان لأحدهما بیّنه دون الآخر وکانت بینه جامعه للشرائط، قضی له بها، ولا تصل النوبه إلی إحلاف الآخر کما هو واضح، وإن کان لکلّ منهما بینه فهنا صور. . .

متی یحصل التعارض؟

وقد ذکر المحقق قبل بیان الصور وأحکامها - کیفیه تحقق التعارض فی الشهاده والمراد منه، بأن ذلک یتحقق « مع تحقق التضاد» بین البینتین، بأن لا یمکن

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۰.

التوفيق بينهما بنحو من الأنحاء، « مثل أن يشهد شاهدان بحقّ لزيد ويشهد آخران أن ذلك الحق بعينه لعمرو، أو يشهدا إنه باع ثوباً مخصوصاً لعمرو غدوه، ويشهد آخران ببيعه بعينه لخالد فى ذلك الوقت» بخلاف ما إذا لم يكن كذلك، كما إذا شهد شاهدان بملك أحدهما للثوب أمس ويشهد آخران بملك الآخر له اليوم، فإنه حينئذ يعمل بالبينه الثانيه لإمكان صدقهما معاً.

وقد يتحقق التكاذب بين البيّنتين، وهو تاره: يكون بتكذيب احدى البينتين للأخرى مع غض النظر عن الواقع مطلقاً، كأن تشهد هذه بأن زيداً أوصى قبل وفاته بكذا وأنهما كانا حاضرين عنده حينذاك، فيقول الآخران بأنهما لم يكونا عند زيد فى الزمان المذكور، فهما يكذّبانها من غير تعرّض منهما لواقع القضيه وأنه هل أوصى زيد بكذا أولا؟

وأخرى: يكون التكذيب بالنسبه إلى الواقع فيقولان: لم يوص زيد بكذا، وأن ما شهدت به البينه الاولى مخالف للواقع، إلا أنهما قد لا يكذّبان تلك البينه، لاحتمال اشتباه الشاهدين وعدم تعمّدهما للكذب.

هذا، وقد وقع البحث بين الأصحاب فى الفرق بين التعارض والتكاذب موضوعاً وحكماً، فعن العلامه فى محكى (القواعد) التصريح بكون التكاذب غير التعارض، والجزم بكون الحكم فيه هو التساقط مطلقاً (١)، بخلاف التعارض، وعن الشيخ إجراء حكم التعارض عليه إن كان من قبيل الصوره الثانيه (٢)، والأول أولى.

۱- ۱) قواعد الأحكام ۳: ۴۸۸.

۲- ۲) المبسوط فى فقه الاماميه ۸: ۲۶۲.

صور تعارض البيّنات:

اشاره

وحيث يتحقق التعارض بين البينتين، على وجه يقتضى صدق كلٍّ منهما تكذيب الاُخرى، ففى المسأله صور:

أحدها: أن تكون العين فى يد المتنازعين كليهما، وقد ذكر المحقق قدّس سرّه حكم هذه الصوره ودليله بقوله:

الصوره الاولى: كون العين بيد المتداعيين:

« يقضى بينهما نصفين، لأن يد كلّ واحد على النصف، وقد أقام الآخر بينه فيقضى له بما فى يد غريمه» (۱).

فالحكم فى هذه الصوره هو جعل العين بينهما نصفين – نظير صوره النزاع حول العين مع عدم البينه واليد لأحدهما عليها – بلا إشكال كما فى (المسالك) وفى (الجواهر) بلا خلاف أجده بين من تأخّر عن القديمين الحسن وأبى على (۲).

اذن، لا اختلاف فى الحكم بالتنصيف، ولكن اختلف فى وجه هذا الحكم وسببه.

فقيل: لتساقط البينتين بسبب التساوى، فيبقى الحكم كما لو لم تكن بينه، وقيل: لأن مع كلّ منهم مرجحاً باليد على نصفهما، فقدمت بينته على ما فى يده، وقيل – كما فى المتن -: لأن يد كلّ واحد على النصف، وقد أقام الآخر بينه عليه، فيقضى له بما فى يد غريمه، قال فى (المسالك) : بناءاً على تقديم بينه الخارج على

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۰.
۲- ۲) مسالك الأفهام ۱۴: ۸۱.

الداخل، قال: وهذا هو الأشهر (۱).

فـالوجوه المـذكوره فى سـبب الحكـم فى المسـأله ثلاـثه، وتظهر فائـده هـذا الخلاـف فى اليمين على من قضـى له، فعلى القـول بالتساقط، يلزم لكلّ من المتنازعين يمين، وهذا هو مذهب المشـهور فى المسأله السابقه، خلافاً للمحقق، فإن حلفا فالتنصـيف وإلّا قضـى بهـا للحـالف دون الناكـل، وإن نكلاـ جميعاً فـالحكم هو التنصـيف أيضاً، وعلى القولين الأخيرين - تقـديم بينه الـداخل، وتقـديم بينه الخارج - لا يمين، لترجيـح كلّ من البينتين باليـد على القول الأول منهما فيعمل بالراجـح، ولأن البينه ناهضه بإثبات الحق على القول الثانى منهما فلا يمين معها.

قال فى (الجواهر) : لكن فى التحرير - بعد أن ذكر تعليل المصنف بما سمعت مصرحاً بكونه من تقديم بينه الخارج - قال: وقال يحلف كلّ واحد على النصف المحكوم له به أو يكون له من غير يمين؟ الأقوى عندى الأول مع احتمال الثانى (۲).

وفى التنقيـح - بعـد أن ذكر التنصـيف وجعـل منشـأه دائراً بين الأخيرين، وأنه على أوّلهما يقضـى لكلّ منهما بما فى يـده، وعلى ثانيهما يقضـى له بما فى يد غريمه - قال: يكون لكلّ منهما اليمين على صاحبه، فإن حلفا أو نكلا فالحكم كما تقدم، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر، قضى بها للحالف.

وعن مهذب أبى العباس التصريح باليمين بناءاً على كون المنشأ دخولهما (۳).

أقول: هذه عباره (التنقيح) فى هذه المسأله: « هذا هو القسم الثانى، وهو أن يكون فى يدهما، فإن قلنا يقضـى للداخل قضى لكلّ بما فى يده، وإن قلنا يقضى

۱- ۱) مسالك الأفهام ۱۴: ۸۱. جواهر الكلام ۴۰: ۴۱۰.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۰: ۴۱۱. تحرير الاحكام ۵: ۱۸۵/۶۵۴۰.

۳- ۳) المهذب البارع ۴: ۴۹۶.

للخارج قضى لكلّ بما فى يد الآخر، فيكون بينهما نصفين على التقديرين، سواء أقاما بينه أو لم يقيما، ويكون لكلّ منهما اليمين على صاحبه، فإن حلفا أو نكلا فالحكم كما تقدّم، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضى بها للحالف» (١).

ذكرنا نص عبارته، ومن المحتمل أن يكون قوله « ويكون لكلّ منهما اليمين على صاحبه» مرتبطاً بقوله « أو لم يقيما» وقد يقويّه قوله قبل ذلك « قضى» فى كلتا حالتى تقديم بينه الداخل وتقديم بيّنه الخارج. فيكون الحاصل أنه قد ذكر ثلاثه وجوه، فالأول: القضاء له بما فى يده، بناءاً على تقديم بينه الداخل، والثانى: القضاء له بما فى يد غريمه، بناءاً على تقديم بينه الخارج، والثالث: التحالف فيما إذا لم يقيما بينه.

ثم إن صاحب (الجواهر) وجّه كلام أبى العباس ابن فهد الحلّى - الذى نقله عن (المهذب البارع) بقوله: « ولعلّ ذلك منه خلافاً فى أصل المسأله، وهو أن تقديم بيّنه الداخل بمعنى إسقاط بيّنه الخارج لا أنها حجه، فيرجع الحاصل كما لو لم تكن بينه على المنكر منهما اليمين، وهو الذى قوّاه فى المختلف بعد أن حكى القولين فى ذلك، بل هو قوّى فى نفسه، لاشتمال دليل تقديم بينه الداخل على اليمين كما ستعرف» .

ووجّه كلام العلامه فى التحرير والمقداد فى التنقيح بقوله: « كما أن القول باليمين - مع القول بكون المنشأ تقديم بينه الخارج - لعلّه لخبر إسحاق بن عمار عن أبى عبداللّه عليه السلام: إن رجلين اختصما إلى أمير المؤمنين عليه السلام فى دابّه فى أيديهما، وأقام كلّ واحد منهما البينه أنها نتجت عنده، فأحلفهما على عليه السلام،

١- ١) التنقيح الرائع فى شرح مختصر الشرائع ۴: ٢٨١.

فحلف أحـدهما وأبی الآخر أن يحلف، فقضـی بها للحالف، فقيل له: فلو لم تكن فی يد واحد منهما وأقاما البينه، فقال: أحلفهما فأيّهمـا حلف ونكـل الآخر جعلتها للحالف، فإن حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصـفين، قيل: فإن كانت فی يـد أحـدهما وأقاما جميعاً البينه. قال: أقضی بها للحالف الذی هو فی يده (۱).

بل ربما كان هو دليل التحالف علی القول الأول، وإن لم نقل به فی غيره.

إلا أنه خبر واحد وفی سـنده ما فيه، والمشهور نقلاً وتحصيلاً علی خلافه، فلا يصلح مقيداً لما دلّ ممّا تسمعه من النصوص وغيره علی التنصيف بدونه» (۲). . .

أقول: قال المجلسـی قدّس سرّه فی (مرآه العقول) فی روايه إسحاق المذكوره: « حسن أو موثق» (۳)، علی أنك قد عرفت عمل المشهور بها فی المسأله السابقه، وذلك يجبر ضعفها إن كان.

وحينئـذ، تصـلح هـذه الروايه لتقييـد أدلّه البينه علی المـدّعی واليمين علی من ادعی عليه، فلاـ مـانع من القول بالتحالف فی هـذه الصوره، جمعاً بين الأدلّه.

وبعبـاره أخری: إن يـد كـلّ واحـد هی فی الواقع عنـد أهـل العرف علی نصف العين، فكلّ منهما يقيم البيّنه لأنه يـدعی النصـف الآخر الذی بيد غريمه، ويحلف علی إنكار كون هذا النصف الذی بيده لغريمه، ودليل هذا التحالف هو روايه إسـحاق المزبوره، وقد عرفت اعتبارها.

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۵۰/۲. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۱۲.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۰: ۴۱۱ - ۴۱۲.

۳- ۳) مرآه العقول ۲۴: ۲۸۷.

ولا يعارضها ما عن أبى جعفر عليه السلام قال: (بعث رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم عليّاً إلى اليمن، فقال له حين قدم: حدّثنى بأعجب ما ورد عليك، فقال يا رسول اللّه، أتانى قوم قد تبايعوا جاريه، فوطأها جميعهم فى طهر واحد فولدت غلاماً فاختلفوا فيه كلّهم يدّعيه، فأسهمت بينهم، فجعلته للذى خرج سهمه وضمّنته نصيبهم. فقال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: ليس من قوم تنازعوا ثم فوّضوا أمرهم إلى اللّه إلا خرج سهم المحق» (۱).

لأنها فى غير ما نحن فيه، لأن ذا اليد فيها واحد منهم وهو آخرهم، ولأن الولد حرّ فليس مالاً، وكلامنا فى دعوى الأملاك.

ومثلها روايه تميم بن طرفه: « إن رجلين ادّعيا بعيراً، فأقام كلّ واحد منهما بينه، فجعله أمير المؤمنين عليه السلام بينهما» (۲). إذ لا ظهور فيها لكون يدهما عليه، بل جاءت فى نسخه « عرّفا بعيراً» وحينئذ، تكون ظاهره فى غير المقام.

فالحاصل: إنه لا ـ مانع من الحكم بمفاد روايه إسحاق بن عمار، وقد أفتى جماعه بذلك وإن لم يستند إليها بعضهم صريحاً، وصاحب (الجواهر) لم يناقش فى دلالتها وإنما ضعّفها سنداً، وقد عرفت جوابه.

وقيل: إنه لما كان يدّعى كلّ واحد منهما كلّ العين، فإن يده لا تكون على النصف بل على الكل، فتتعارضان، وإذا تعارضتا تساقطتا، فيكون الحكم فى المقام حكم صوره عدم تحقق يد من أحدهما على العين، وهو التنصيف كما تقدم.

لكن المشهور هو التنصيف بعد التحالف.

۱ـ ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۵۸/۵. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۱۳.

۲ـ ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۵۱/۴. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۱۲.

ثم إن صاحب (الجواهر) قدّس سرّه - بعد أن خدش فی روایه إسحاق بما سمعت - استوجه أن یکون سبب حکم المحقق قدّس سرّه بالتنصیف کون هذا الحکم هو مقتضی العدل، وأنه میزان من موازین القضاء من غیر حاجه إلی تحالف، لا أنه مبنی علی تقدیم بینه الخارج علی بینه الداخل، لأن ید کلّ منهما علی الکلّ لا النصف، ولأن المشهود به کون الجمیع له لا نصفه.

ثم استدل علی ذلک بخبر الدرهمین (۱)وبقاعده توارد السببین الممکن إعمالهما معاً علی مسبب واحد نحو المتسابقین علی حیازه مباح، وبإطلاق قوله علیه السلام: «لو لم تکن فی یده جعلتها بینهما نصفین (۲)وبإطلاق النبوی: « إن رجلین تنازعا دابه لیس لأحدهما بیّنه فجعلها النبی صلّی اللّه علیه وآله وسلّم بینهما» (۳)، وبالمرسل عن أمیر المؤمنین علیه السلام: « فی البینتین تختلفان فی الشیء الواحد یدّعیه الرجلان، أنه یقرع بینهما فیه إذا عدلت بینه کلّ واحد منهما ولیس فی أیدیهما، فأما إن کان فی أیدیهما فهو فیما بینهما نصفان، وإن کان فی ید أحدهما فالبیّنه فیه علی المدّعی والیمین علی المدّعی علیه» (۴).

هذا، وعن ابن أبی عقیل اعتبار القرعه التی هی لکلّ أمر مشکل فی

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۷: ۲۰۰ الباب ۹ من أبواب أحکام الصلح « عن أبی عبد اللّه علیه السلام فی رجلین کان معهما درهمان فقال أحدهما: الدرهمان لی، وقال الآخر: هما بینی وبینک. فقال: أما الذی قال هما بینی وبینک، فقد أقرّ بأن أحد الدرهمین لیس له وأنه لصاحبه، ویقسم الآخر بینهما» .

۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۹: ۱۵/۱. أبواب المضاربه، الباب ۱.

۳- ۳) سنن البیهقی ۱۰: ۲۵۵.

۴- ۴) أقول: إن هذه الأدله بعضها مرسل وبعضها مطلق یقیّده خبر إسحاق بن عمار، فیکون الوجه ما ذهب إلیه السید الاستاذ دام بقاه، إلا إذا قیل بعدم تمامیه سند الخبر المذکور من جهه عدم ثبوت عمل المشهور به أو من عدم جهه الموافقه علی جبر الشهره لضعف الخبر.

خصوص ما نحن فيه، لأن التنصيف تكذيب للبينتين.

وأشكل عليه فى (الجواهر) بقوله: كأنه اجتهاد فى مقابله النص (۱).

وفيه: إنه ليس اجتهاداً فى مقابله النص، بل لعلّه يخدش فى ظواهر هذه النصوص.

قلت: لكن مقتضى النصوص توجّه اليمين على من خرج اسمه، لا ـ أنه يقضى لمن خرج اسمه، فإن حلف قضى له وإلا احلف الآخر وقضى له بحلفه.

وعن ابن الجنيد: التحالف مع تساوى البينتين، فإن حلف أحدهما استحق الجميع، وإن حلفا اقتسماها، ومع اختلاف البينتين يقرع، فمن أخرجته القرعه حلف وأخذ العين (۲).

قال فى (الجواهر) : لا دليل عليه، بل ظاهر الأدله السابقه خلافه.

ثم نقل فى (الجواهر) عن الرياض أنه بعد أن نسب المختار – الذى هو التنصيف، تساوت البينتان عدداً وعداله وإطلاقاً وتقييداً أو اختلفت – إلى الأشهر بل عامه من تأخر إلا نادراً. قال: « خلافاً للمهذب، وبه قال جماعه من القدماء، فخصّوا ذلك بما إذا تساويا فى الامور المتقدّمه كلّها، وحكموا مع الإختلاف فيها لأرجحها، واختلفوا فى بيان المرجح لها، فعن المفيد اعتبار الأعدليّه خاصه هنا وإن اعتبر الأكثريه فى غيرها، وعن الإسكافى اعتبار الأكثريه خاصه، وفى المهذب اعتبارهما مرتباً بينهما الأعدليه فالأكثريه، وعن ابن حمزه فى اعتباره التقييد أيضاً مردداً بين الثلاثه غير مرتب بينها، وعن الديلمى اعتبار المرجح مطلقاً غير مبين له

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۴۱۲ – ۴۱۳.

۲- ۲) مختلف الشيعه ۸: ۳۷۲. كشف اللثام ۱۰: ۱۹۱ – ۱۹۲.

أصلاً» قال فی (الجواهر) : ولم أعرف نقل هذه الأقوال علی الوجه المزبور فیما نحن فیه لغیره. . . وعلی کلّ حال لا أعرف دلیلاً یعتدّ به علی شیء منها علی وجه یصلح لمعارضه ما عرفت (۱).

هذا کلّه فی الصوره الأولی.

الصوره الثانیه: کون العین بید أحدهما فهل یقدّم الداخل أو الخارج؟

والصوره الثانیه: أن تکون العین فی یـد أحد المتنازعین، قال المحقق قدّس سـرّه: « یقضـی بها للخارج دون المتشـبث إن شـهدتا لهما بالملک المطلق» (۲).

أقـول: نسـبه فی (الجواهر) إلی المشـهور بین الأصـحاب شـهره عظیمه قـال: بـل عن الخلاـف والغنیه والسـرائر وظـاهر المبسوط الإجماع علیه، بل عن الخلاف والأخیر نسبته إلی أخبار الفرقه (۳).

قلت: والصـریح منها فی الدلاله: المرسـله عن أمیر المؤمنین علیه السـلام: « فی البینتین تختلفان فی الشیء الواحد یدّعیه الرجلان، أنه یقرع بینهما فیه إذا عدلت بیّنه کلّ واحد منهما ولیس فی أیدیهما، فأما إن کان فی أیدیهما فهو فیما بینهما نصـفان، وإن کان فی ید أحدهما فالبیّنه فیه علی المدّعی والیمین علی المدّعی علیه» (۴).

وضعفها منجبر بما عرفت.

ص:۶۳۳

۱- ۱) المهذب البارع ۴: ۴۹۴. المقنعه: ۷۳۰. الوسیله: ۲۱۸. المراسم: ۲۳۴. ریاض المسائل ۱۵: ۲۱۳. جواهر الکلام ۴۰: ۴۱۴ - ۴۱۵.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۱.

۳- ۳) جواهر الکلام ۴۰: ۴۱۶.

۴- ۴) مستدرک الوسائل ۱۷: ۳۷۲/۱. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۱۰.

وقد استدل له: بالتعليل الوارد فی خبر منصور قال: « قلت لأبی عبد اللّه علیه السلام: رجل فی یده شاه، فجاء رجل فادّعاها، فأقام البینه العدول أنها ولدت عنده ولم یهب ولم یبع، وجاء الذی فی یده بالبینه مثلهم عدول أنها ولدت عنده لم یبع ولم یهب. فقال أبو عبد اللّه علیه السلام: حقها للمدعی ولا أقبل من الذی فی یده بینه، لأن اللّه عزّ وجل إنما أمر أن تطلب البینه من المدّعی، فإن كانت له بینه وإلا فیمین الذی هو فی یده. هكذا أمر اللّه عزّ وجل» (۱)، دلّ علی أن البیّنه المسموعه هی بیّنه المدّعی، وأن علیها یترتب الأثر حتی فی صوره وجود البینه للمدّعی علیه.

أقول: وهذا الخبر یوضّح المراد بالخبر المستفیض، وهو قولهم علیهم السلام « البینه علی المدّعی والیمین علی من ادّعی علیه» فیكون ظاهراً فی عدم قبول بینه المنكر، وأن المیزان فی مقام المرافعه سماع بیّنه المدّعی، فإن كانت له بینه وإلا فیمین المدّعی علیه، فهكذا أمر اللّه عزّ وجل.

واختار السید فی (العروه) القول بسماع البینه من المنكر فی صوره التعارض بل مطلقاً ولو مع عدمه، قال: إن الاقوی سماع البینه من المنكر فی صوره التعارض بل مطلقاً ولو مع عدمه، فیجوز للمنكر مع عدم البینه للمدّعی أن یقیم البینه فراراً من الیمین، وإن ادعی صاحب الریاض الإجماع علی عدم قبولها منه.

قال: ویدل علی ما ذكرنا بعد منع الإجماع - مضافاً إلی عموم ما دلّ علی حجّیه البیّنه، وإلی عموم مثل قوله صلّی اللّه علیه وآله وسلّم إنما أقضی بینكم

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۵۵ الباب ۱۲ من أبواب كیفیه الحكم. وفیه « محمد بن حفص» ولم أجد توثیقاًله. انظر: تنقیح المقال ۳ / ۱۰۸.

بالبيّنات والأيمان – خصوص أخبار المقام. . .» .

قلت: إن تمسّكه بهذه العمومات لسماع البيّنه من المنكر، فی غایه الإشکال، وکذلک جوابه عن الإستدلال بالخبر المشهور « البینه علی المدعی والیمین علی من أنکر» للقول الأول: بأن المراد منه بیان الوظیفه الأوّلیه للمدّعی والمنکر، وإلا فلا مانع من سماع البینه للمنکر أیضاً، قال: « وأیضاً: یمکن أن یقال: القدر المعلوم من الخبر أنه لا یلزم المنکر بالبینه وإنما یلزم بالیمین، لا أنه لا تقبل منه البینه» (۱).

فإنه – وإن سبقه إلی ذلک صاحب (الجواهر) حیث تنظر فی دلالته علی القول الأول، مع قطع النظر عن خبر منصور، قائلًا: « ضروره عدم دلالته علی أزید من استحقاق المدعی علی المنکر الیمین دون البینه بخلاف المنکر فإن له علی المدّعی البینه. . .» (۲)– خلاف ظاهر الخبر، لا سیما مع النظر إلی خبر منصور، ولأن التفصیل قاطع للشرکه، فلا تکون البینه حجه من کلیهما ولا الیمین، ولکن الأولی هو النظر فی نصوص هذه الأخبار، فلا بأس بنقل بعضها:

۱ – عن سلیمان بن خالد عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: « فی کتاب علی علیه السلام: أن نبیاً من الأنبیاء شکاً إلی ربّه فقال: یا رب کیف أقضی فیما لم أر ولم أشهد؟

قال: فأوحی اللّه إلیه: أُحکم بینهم بکتابی وأضفهم إلی اسمی فحلّفهم [تحلفهم] به وقال: هذا لمن لم تقم له بینه» (۳).

۲ – عن أبان بن عثمان عمّن أخبره عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: « فی

ص:۶۳۵

۱– ۱) العروه الوثقی ۳: ۱۵۲ – ۱۵۴.

۲– ۲) جواهر الکلام ۴۰: ۴۱۵.

۳– ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۲۹/۱. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۱.

كتاب على عليه السلام أن نبياً من الأنبياء. . .» (۱).

۳ - عن محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام: « أن نبياً من الأنبياء شكا إلى ربّه. . .» (۲).

۴ - عن ضمره بن أبى ضمره عن أبيه عن جده قال قال أمير المؤمنين عليه السلام أحكام المسلمين على ثلاثه: شهاده عادله، أو يمين قاطعه، أو سنّه ماضيه من أئمه الهدى (۳).

۵ - عن هشام بن الحكم عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: « قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: إنما أقضى بينكم بالبيّنات والأيمان، وبعضكم ألحن بحجته من بعض. . .» (۴).

۶ - عن جميل وهشام عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: « قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: البينه على من ادّعى واليمين على من ادّعى عليه» (۵).

۷ - عن بريد بن معاويه عن أبى عبد اللّه عليه السلام: قال « سألته عن القسامه. فقال: الحقوق كلّها البينه على المدّعى واليمين على المدّعى عليه إلا فى الدم خاصه. الحديث» (۶).

۸ - عن أبى بصير عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: « إن اللّه حكم فى

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۲۹/۱. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۱.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۲۹/۱. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۱.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۳۱/۶. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۱.

۴- ۴) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۳۲/۳. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۲.

۵- ۵) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۳۴/۱. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۲.

۶- ۶) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۳۴/۲. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۳.

دمائكم بغير ما حكم به فى أموالكم، حكم فى أموالكم أن البينه على المدّعى واليمين على المدّعى عليه، وحكم فى دمائكم أن البينه على من ادّعى عليه واليمين على من ادّعى، لئلا يطلّ دم امرئ مسلم» (۱).

أقول: والإنصاف ظهور الأخبار الأربعه الثانيه فى أن ميزان القضاء فى مقام المرافعه كون البينه على المدّعى، وكون اليمين على من أنكر، وأنه لم تجعل البينه على المدّعى عليه فى الشرع فى مورد إلا لحكمه مخصوصه بذلك المورد (۲).

واستدلّ صاحب (الجواهر) لسماع بيّنه المدّعى عليه بعموم ما دلَّ على حجّيه شهاده العدلين كتاباً وسنّه.

قلت: وأيضاً: يمكن الإستدلال له بالسيره، فإنها قائمه على قبول خبر العدل الواحد فضلاً عن العدلين، لكن ردع الشارع عن قبول خبر العدل الواحد فى الموضوعات.

لكن المرسله المنجبره وخبر منصور يخصّصان العام، ويصلحان للرّدع عن السيره فى هذا المقام. . .

ص:۶۳۷

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۳۵/۶. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۳.

۲- ۲) أقول: وخير دليل على القول الأول خبر عبد الرحمن بن أبى عبد اللّٰه قال: « قلت للشيخ عليه السلام: خبّرنى عن الرجل يدّعى قبل الرجل الحق فلم تكن له بينه بما له، قال: فيمين المدّعى عليه، فإن حلف فلا حقّ له، وإن ردّ اليمين على المدّعى فلم يحلف فلا حق له [وإن لم يحلف فعليه] وإن كان المطلوب بالحق قد مات فأُقيمت عليه البينه فعلى المدّعى اليمين باللّٰه الذى لا إلَه إلا هو لقد مات فلان وأن حقه لعليه، فإن حلف وإلا فلا حق له، لأنا لا ندرى لعلّه قد أوفاه ببينه لا نعلم موضعها أو غير بينه قبل الموت، فمن ثم صارت عليه اليمين مع البينه، فإن ادّعى بلا بينه فلا حق له، لأن المدّعى عليه ليس بحى، ولو كان حياً للزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه، فمن ثم لم يثبت الحق» وسائل الشيعه ۲۷: ۲۳۶/۱. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۴. وهو خبر قد اعتمد عليه صاحب الجواهر نفسه فى المباحث السابقه. .

واستدل السید فی (العروه) بأخبار خاصه وبخبر فدک حیث قال: « وإشعار خبر فدک، فإن أمیر المؤمنین علیه السلام أنکر علی أبی بکر فی طلبه البیّنه منه فی الدعوی علیه، مع أنه لا یطلب من غیره إذا ادّعی هو علی ذلک الغیر، فحاصل إنکاره علیه السلام أنه لم فرق بینه علیه السلام وبین الناس فی طلب البینه، ولو کان لا یقبل من المدّعی علیه البینه لکان أولی بالإنکار علیه فی مقام المجادله» (۱).

قلت: أما بعض الأخبار الخاصه التی أشار إلیها فیکفی فی وهنها إعراض المشهور عنها، وأما دعواه إشعار خبر فدک بما ذهب إلیه، ففیها: إن التمسک به لعدم حجیه بینه المدّعی علیه أولی، لأن دلالته علی ذلک أوضح مما قاله، فقد ورد فی ذلک الخبر:

« إن أمیر المؤمنین علیه السلام قال لأبی بکر: أتحکم فینا بخلاف حکم اللّه فی المسلمین؟ قال: لا. قال: فإن کان فی ید المسلمین شیء یملکونه ادّعیت أنا فیه من تسأل البینه؟ قال: إیاک کنت أسأل البینه علی ما تدّعیه علی المسلمین. قال: إذا کان فی یدی شیء فادّعی به المسلمون تسألنی البیّنه علی ما فی یدی وقد ملکت فی حیاه رسول اللّه وبعده، ولم تسأل المؤمنین البینه علی ما ادّعوا علیّ کما سألتنی البینه علی ما ادعیت علیهم ط وقد قال رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم: البینه علی من ادّعی والیمین علی من أنکر» (۲).

وهو ظاهر بل صریح فی أنه لا یطلب البینه من ذی الید ولا یحکم علی طبقها إذا أقامها.

۱- ۱) العروه الوثقی ۳: ۱۵۳.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۹۳/۳. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۲۵.

على أنه لم يعهد أن يسأل الحاكم - بعد إقامه المدّعى بيّنته - المدّعى عليه هل عنده بينه على الإنكار أولا. . . وأيضاً، فقد تقدم فى المباحث السابقه الخبر (۱)الدالّ على أن رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم كان يرسل من يسأل عن حال الشاهدين إذا لم يعرفهما ويوقف الحكم فى القضيه حتى يرجع رسوله، فإذا رجع وظهر عداله الشاهدين حكم. ولم يتضمن هذا الخبر سؤاله صلّى اللّه عليه وآله وسلّم من المدّعى عليه فى تلك الاثناء أو بعد رجوع الرسول عن وجود البينه عنده على جرح الشاهدين أو إنكار دعوى المدعى. . .

ومن هنا كان القضاء للمدعى - بعد إقامه البينه الجامعه للشرائط - أمراً مسلّماً بين المسلمين.

وكيف كان، فقد قال المحقق فى هذا القسم: « وفيه قول آخر ذكره فى الخلاف بعيد» .

وهذا القول هو: تقديم بينه الداخل على بيّنه الخارج، قال: المحقق: وهو بعيد، وفى (الجواهر) : بل لم نتحققه قولاً له (۲).

وفى المسأله أقوال أخرى: فقد فصّل بعضهم فقال بعدم حجيه بينه المنكر مع القول بصلاحيتها للمعارضه مع بيّنه المدعى، وبعباره أخرى: المستفاد من أدلّه القضاء هو عدم القضاء ببيّنه المدّعى عليه، ولكن لا تدل على عدم صلاحيتها للمعارضه مع بينه المدعى وإسقاطها عن الحجيه، فإذا سقطتا يقضى بالعين للحالف.

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۳۹/۱. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۶.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۰: ۴۱۷.

أقول: وحاصل هذا القول: عدم القضاء ببيّنه المدّعى مع وجود بينه المدّعى عليه أو احتمال وجودها.

لكن يردّه: أنه إذا كان كذلك، فلماذا كان ديدن المسلمين على خلاف ذلك، وهو القضاء للمدعى بمجرد إقامه البينه، من غير سؤال من المدّعى عليه عن وجود البينه عنده وعدم وجودها، كما هو شأن الفقيه فى مقام الإفتاء حيث يفتى على طبق الخبر بعد الفحص واليأس عمّا يعارضه.

وأما القول بتقديم البينه المشتمله على ذكر السبب منهما، فلا دليل عليه فى الأخبار، كالقول بالتقديم بالأعدليه، وأما تقديم الأكثر عدداً منهما، فقد يدل بعض الأخبار عليه.

لكن المختار هو القول الأول، وهو الأخذ ببينه الخارج، تبعاً للمشهور، واللّه العالم.

هذا كلّه لو شهدتا بالملك المطلق.

صور الشهاده المشتمله على السبب

وأما لو اشتملت الشهاده على ذكر السبب، فهنا ثلاث صور:

فالاولى: شهادتهما معاً بالسبب، قال المحقق قدّس سرّه:

« ولو شهدتا بالسبب قيل: يقضى لصاحب اليد، لقضاء على عليه السلام وقيل: يقضى للخارج، لأنه لا بيّنه على ذى اليد كما لا يمين على المدعى، عملاً بقوله صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: واليمين على من أنكر، والتفصيل قاطع للشركه وهو أولى» (۱).

ص:۶۴۰

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۲.

۱ – شهادتهما معاً بالسبب:

أقول: ففی هذه الصوره قولان، نسب أوّلهما إلی الشیخ، والثانی إلی المشهور، وقد أشار المحقق قدّس سرّه إلی دلیل کلّ منهما.

فدلیل القول الأول:

ما رواه إسحاق بن عمار عن أبی عبد اللّه علیه السلام « إن رجلین اختصما إلی أمیر المؤمنین علیه السلام فی دابّه فی أیدیهما، وأقام کلّ واحد منهما البینه أنها نتجت عنده، فأحلفهما علی علیه السلام، فحلف أحدهما وأبی الآخر أن یحلف، فقضی بها للحالف، فقیل: فلو لم یکن فی ید واحد منهما وأقاما البینه قال: أحلفهما فأیهما حلف ونکل الآخر جعلتها للحالف، فإن حلفا جمیعاً جعلتها بینهما نصفین، قیل: فإن کانت فی ید أحدهما وأقاما جمیعاً بینه، قال: أقضی بها للحالف الذی هی فی یده» (۱).

ومحل الإستدلال: « فإن کانت فی ید أحدهما وأقاما جمیعاً بینه. . .» .

وهل معنی ذلک أن بینه ذی الید مقدّمه علی بیّنه الخارج، أو أنه حینئذ یکون فی الحقیقه من تکاذب البینتین فیتساقطان، ویقضی لصاحب الید بعد حلفه لأنه مدعی علیه ولا یمین علی المدعی؟ وجهان مبنیان علی شمول أدلّه حجیه البینه لصوره التکاذب وعدمه.

والأظهر هو الوجه الثانی، من جهه إیجاب الإمام علیه السلام الحلف أیضاً، فإنه لو کانت بینه ذی الید حجه متقدمه علی بیّنه المدّعی فلا حاجه إلی الحلف، فلزوم الحلف کاشف عن عدم حجیه بینه المدعی علیه، أو حجیتها بمقدار

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۵۰/۲. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۱۲.

صلاحيتهـا للمعـارضه مع بينه المـدعى، فيتساقطـان، فإذا تساقطتا كانت مثل صوره عـدم البينه، وعلى ذى اليـد اليمين، فإذا حلف قضى له.

وهذا كلّه بناءاً على اعتبار الخبر كما تقدّم.

ومثله مـا رواه غيـاث بن إبراهيم عن أبى عبـد اللّه عليه السـلام قـال: « إن أمير المؤمنين عليه السـلام اختصم إليه رجلاـن فى دابّه كلاهما أقاما البينه أنه أنتجها، فقضى بها للذى هى فى يده، وقال: لو لم تكن فى يده جعلتها بينهما نصفين» (١).

وهذا أيضاً ظاهر فى التساقط كسابقه.

ودليل القول الثانى:

ما رواه منصور عن أبى عبـد اللّه عليه السـلام قال: « قلت له: رجل فى يده شاه، فجاء رجل فادّعاها وأقام البينه العدول أنها ولدت عنـده لم يبع ولم يهب، وجاء الـذى فى يـده بالبينه مثلهم عدول أنها ولدت عنده لم يبع ولم يهب، قال أبو عبد اللّه عليه السـلام: حقها للمدعى ولا أقبل من الذى هى فى يده بيّنه، لأن اللّه عزّ وجل أمر أن تطلب البينه من المدّعى، فإن كانت له بينه وإلا فيمين الذى هو فى يده، هكذا أمر اللّه عزّوجل» (٢).

وهـذا الخبر يعـارض خبر إسـحاق، بنـاءاً على الوجه الأـول، وبقطع النظر عن السـند فى كليهمـا، وحينئـذ يرجع إلى العام كما هو القاعده فى كلّ مورد تعارض فيه دليلان خاصان، والعام هنا هو قوله صـلّى اللّه عليه وآله وسلّم « البينه على المدّعى واليمين على من أنكر» فإنه يدل على أنه لا تسمع بينه ذى اليد، لاشتماله على

١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٥٠/٣. أبواب كيفيه الحكم، الباب ١٢.

٢- ٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٥٥/١۴. أبواب كيفيه الحكم، الباب ١٢.

التفصيل القاطع للشركه، وهو يعم صوره ذكر السبب وعدمه مطلقاً.

فإذن، يحكم فی هذه الصوره بتقديم بيّنه الخارج، ومن هنا قال المحقق قدّس سرّه: « وهو أولی» وهو المختار.

٢ – أن تشهد للخارج بالسبب وللداخل بالملک المطلق:

الصوره الثانيه: أن تشهد للخارج بالسبب وللداخل بالملک المطلق، وهذه الصوره لم يذكرها المحقق قدّس سرّه، اعتماداً علی ظهور حكمها بالأولويه القطعيه، بناءاً علی ما ذهب إليه فی الصوره الأولی، لأنه إذا دلّت الأدلّه علی تقديم بينه الخارج فی صوره شهاده كلتا البينتين بالسبب، فإنها تدل علی تقديمها فی صوره عدم شهاده بينه الداخل بالسبب بالأولويه القطعيّه، كما هو واضح.

قال فی (الجواهر) : « وعلی كلّ حال، فما عن المجلسی من حمله النصوص المزبوره علی التقيه لشهرته بين العامه فتوی وروايه، يدفعه ما سمعت من موافقه خبر بينه الخارج لأحمد بن حنبل أيضاً، بل ملاحظه كلام العامه يقضی باضطراب أقوالهم فی ذلک علی وجه لا تقيه فی إظهار الحق فيما بينها، خصوصاً مع نسبته إلی علی عليه السلام.

علی أن المحكی عن الشيخ نسبته إلی مذهبنا، وأنه الذی تدلّ عليه أخبارنا، فكيف يحمل مثله علی التقيه» (١).

٣ – أن تشهد للداخل بالسبب وللخارج بالملک المطلق:

والصوره الثالثه: أن تشهد لذی اليد بالسبب وللخارج بالملک المطلق، قال المحقق قدّس سرّه: « أما لو شهدت للمتشبث بالسبب وللخارج بالملک المطلق،

ص:٦۴٣

١- ١) جواهر الكلام ۴٠: ۴٢٢.

فإنه يقضى لصاحب اليد، سواء كان السبب مما لا يتكرر، كالنتاج ونساجه الثوب الكتان، أو يتكرر كالبيع والصياغه. وقيل: بل يقضى للخارج وإن شهدت بيّنته بالملك المطلق عملاً بالخبر، والأول أشبه» (۱).

أقول: ذكر فى هذه الصوره قولين، أحدهما: تقديم بيّنه الداخل، وإليه ذهب الأكثر، وهو الأشبه عند المحقق، والثانى: تقديم بينه الخارج، وإليه ذهب جماعه.

وقد استدلّ للقول الأول: بخبر عبد اللّه بن سنان قال: « سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول: إن رجلين اختصما فى دابّه إلى على عليه السلام، فزعم كلّ واحد منهما أنها نتجت عنده على مذوده، وأقام كلّ واحد منهما البينه سواء فى العدد، فأقرع بينهما سهمين، فعلّم السهمين كلّ واحد منهما بعلامه. . . فخرج اسم أحدهما فقضى له بها.

وكان أيضاً إذا اختصم إليه الخصمان فى جاريه، فزعم أحدهما أنه اشتراها وزعم الآخر أنه أنتجها، فكانا إذا أقاما البينه جميعاً قضى بها للذى أنتجت عنده» (۲).

قلت: لكن ليس فى الخبر - لا فى السؤال ولا فى الجواب - تعرض لليد، وأنه بيد من كانت الجاريه، إلا أن يقال بأنه عليه السلام قضى للذى أُنتجت عنده من جهه كونه ذا يد، وإلا لقضى لمن ادّعى اشترائها، فإن ذلك مقتضى التوفيق بين الشهادتين كما تقدّم، ولكنه مع ذلك لا يخلو من الإجمال، إلا أن المشهور أفتوا على طبقه، ولعلّهم فهموا منه ما لم يتّضح لنا.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۱.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۵۵/۱۵. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۱۲.

وأما دليل القول الثانى، فقد أشار إليه المحقق بقوله « عملاً بالخبر» وهو « البيّنه على من ادّعى واليمين على من أنكر» أى: إنه لا اعتبار لبيّنه المدّعى عليه أصلاً.

واستدل للأوّل أيضاً بعمومات حجّيه الشهاده، فتكون كلتا البينتين حجه، لكن تقدم بينه الداخل إما من جهه اعتضادها باليد وإما من جهه تأيّدها بخبر ابن سنان المزبور.

لكن القول الثانى يقول بتخصيص عمومات « البينه على من ادّعى واليمين على من أنكر» لعمومات حجيه شهاده العدلين، أى: إنه فى مورد المرافعه لا تسمع بينه المنكر.

فإذا كان مقتضى « البينه على من ادّعى. . .» عدم سماع بيّنه المدّعى عليه كما تقدم، فإنه لا معنى لتقدّم بيّنه المنكر من جهه تأيّدها بما ذكر، فلوأردنا أن نقول بالقول الأول، فإما يكون من جهه التعبد بخبر ابن سنان، وقد عرفت ما فيه، وإما من جهه التساقط ثم القضاء لذى اليد، لكن يتوجه على المحقق حينئذ أنه إذا كان هذا هو المبنى، فلماذا قال فى غير هذه الصوره بتقدّم بيّنه الخارج؟ (١).

الصوره الثالثه: كون العين بيد ثالث وفيها الرجوع إلى المرجحات

الصوره الثالثه: من صور تعارض البينتين: أن تكون العين فى يد ثالث، قال المحقق قدّس سرّه: « ولو كانت فى يد ثالث قضى بأرجح البينتين عداله، فإن تساويا قضى لأكثرهما شهوداً، ومع التساوى عدداً وعداله يقرع بينهما، فمن خرج

---

١ - ١) أقول: ولعلّه من هنا قال صاحب الجواهر: ولعلّ الأولى الإستدلال له بإطلاق قول أمير المؤمنين المتقدم يعنى: روايه إسحاق بن عمار التى جاء فيها: « فإن كان فى يد أحدهما وأقاما جميعاً بيّنه، قال، أقضى بها للحالف الذى هى فى يده» وقد عرفت اعتبارها عند السيد الاستاذ بالإنجبار.

اسمه أُحلف وقضى له، ولو امتنع أَحلف الآخر وقضى له، وإن نكلا قضى به بينهما بالسويه» (۱).

أقول: نسب هـذا القول إلى الأشـهر بـل المشـهور، بـل ادعى الإجماع عليه، ولكن بالتتبع لكلماتهم يظهر عـدم إمكان الوثوق بما ذكر، فقد قال بعضهم: بالقرعه، وقيل بالترجيح بأحد الأمرين، وقيل بكليهما، فمنهم قال بالترتيب ومنهم من قال بدونه. . . فنقول:

أما أدلّه « البينه على من ادّعى واليمين على من أنكر» فلا يمكن الرجوع إليها فى هذه الصوره، لأن كليهما ذوبيّنه وليس لأحدهما يـد على العين، نعم، أثر البيّنتين نفى الثالث، لأن العين هى فى الواقع لأحـدهما لكنه مجهول، ولـذا قيل هنا بالقرعه لأنها لكلّ أمر مشـكل عملاًـ ببعض الأخبـار، لكن أخبار القرعه هنا تشـتمل على اليمين أيضا. . . وكيف كان، فالأولى ذكر نصوص المسأله مع التأمل فى مداليلها:

١ – عن أبى بصـير قـال: « سألت أبا عبـد اللّه عليه السـلام عن الرجل. . . وذكر أن علياً عليه السـلام أتاه قوم يختصـمون فى بغله، فقـامت البينه لهؤلاـء أنهم انتجوهـا على مـذودهم ولم يبيعوا ولم يهبوا، وقـامت البينه لهؤلاء بمثل ذلك، فقضـى عليه السـلام بها لأكثرهم بينه واستحلفهم. . .» (۲).

٢ – عن داود بن سـرحان « عن أبى عبد اللّه عليه السـلام: فى شاهدين شـهدا على أمر واحد، وجاء آخران فشـهدا على غير الذى شهدا عليه « شهد الأولان» واختلفوا. قال: يقرع بينهم فأيّهم قرع فعليه اليمين وهو أولى بالقضاء» (۳).

ص:۶۴۶

۱- ۱) شرائع الاسلام ۴: ۱۱۴.
۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۴۹/۱. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۱۲.
۳- ۳) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۵۱/۶. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۱۲.

۳ – عن الحلبی قال: « سئل أبو عبداللّه علیه السلام عن رجلین شهدا علی أمر، وجاء آخران فشهدا علی غیر ذلک فاختلفوا، قال: یقرع بینهم فأیّهم قرع فعلیه الیمین وهو أولی بالحق» (۱).

۴ – عن سماعه قال: « إن رجلین اختصما إلی علی علیه السلام فی دابّه، فزعم کلّ واحد منهما أنها نتجت علی مذوده، وأقام کلّ واحد منهما بیّنه سواء فی العدد، فأقرع بینهما سهمین فعلّم السهمین کلّ واحد منهما بعلامه ثم قال: اللهم ربّ السماوات السبع وربّ الأرضین السبع وربّ العرش العظیم عالم الغیب والشهاده الرحمن الرحیم. أیّهما کان صاحب الدابه وهو أولی بها، فأسألک أن یقرع ویخرج سهمه. فخرج سهم أحدهما فقضی له بها» (۲).

۵ – عن غیاث بن إبراهیم عن أبی عبد اللّه علیه السلام: « إن أمیر المؤمنین علیه السلام اختصم إلیه رجلان فی دابّه، وکلاهما أقاما البینه أنه انتجها، فقضی بها للذی فی یده وقال: لو لم تکن فی یده جعلتها بینهما نصفین» (۳).

۶ – عن إسحاق بن عمّار عن أبی عبد اللّه علیه السلام: « إن رجلین اختصما إلی أمیر المؤمنین علیه السلام فی دابّه فی أیدیهما، وأقام کلّ واحد منهما البینه أنها نتجت عنده، فأحلفهما علیه السلام فحلف أحدهما وأبی الآخر أن یحلف، فقضی بها للحالف. فقیل له: فلو لم تکن فی ید واحد منهما وأقاما البینه؟ فقال: أحلفهما، فأیّهما حلف ونکل الآخر جعلتها للحالف، فإن حلفا جمیعاً جعلتها بینهما نصفین. قیل: فإن کانت فی ید أحدهما وأقاما جمیعاً البینه؟ قال: أقضی بها للحالف الذی

۱– ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۵۴/۱۱. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۱۲.

۲– ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۵۵/۱۵. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۱۲.

۳– ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۵۰/۲. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۱۲.

هی فی یده» (۱).

۷ - عن داود بن أبی یزید العطار عن بعض رجاله عن أبی عبد اللّه علیه السلام « فی رجل کانت له امرأه، فجاء رجل بشهود أن هذه المرأه امرأه فلان، وجاء آخران فشهدا أنها امرأه فلان، فاعتدل الشهود وعدّلوا، فقال: یقرع بینهم، فمن خرج سهمه فهو المحق وهو أولی بها» (۲).

۸ - عن عبد الرحمن بن أبی عبد اللّه عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: « کان علی علیه السلام إذا أتاه رجلان « یختصمان» بشهود عدلهم سواء وعددهم، أقرع بینهم علی أیّهما تصیر الیمین وکان یقول: اللهم ربّ السماوات السبع « وربّ الأرضین السبع» أیّهم کان له الحق فأدّه إلیه، ثم یجعل الحق للذی یصیر علیه الیمین إذا حلف» (۳).

۹ - عن عبد اللّه بن سنان قال: « سمعت أبا عبد اللّه علیه السلام یقول: إن رجلین اختصما فی دابّه إلی علی علیه السلام، فزعم کلّ واحد منهما أنها نتجت عنده علی مذوده، وأقام کلّ واحد منهما البینه سواء فی العدد، فأقرع بینهما سهمین، فعلّم السهمین کلّ واحد منهما بعلامه ثم قال: اللهم ربّ السماوات السبع وربّ الأرضین السبع وربّ العرش العظیم عالم الغیب والشهاده الرحمن الرحیم، أیّهما کان صاحب الدابه وهو أولی بها، فأسألک أن یقرع ویخرج اسمه. فخرج اسم أحدهم فقضی له بها» (۴).

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۵۰/۲. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۱۲.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۵۲/۸. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۱۲.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۵۵/۱۵. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۱۲.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۵۵/۱۵. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۱۲.

هذه هی نصوص المسأله، وهی مختلفه، ولقد اختلفت بتبعها أقوال الأصحاب فیها:

فبین من اقتصر علی اعتبار الأعدلیه خاصه، کالمفید، ومن اقتصر علی اعتبار الأکثریه کذلک، کالإسکافی والصدوقین، نعم، ذکرا قبل اعتبارها أن أحق المدعیین من عدّل شاهداه، فإن استوی الشهود فی العداله فأکثرهما شهوداً، وهو لیس نصّاً فی اعتبار الأعدلیّه.

وبین من اقتصر علی اعتبارهما خاصه ولم یذکر الترتیب بینهما ولا القرعه بعدهما، کالشیخ فی موضع من (الخلاف) قائلاً إنه الظاهر من مذهب الأصحاب، وبین من اقتصر علی ذکر المرجح مطلقاً، من دون بیان له ولا ذکر قرعه، کالدیلمی والشیخ فی موضع من (الخلاف) ، لکنه ذکر القرعه بعد العجز عن الترجیح مدعیاً علیه إجماع الإمامیّه.

وبین من فصّل بعین ما فی العباره، لکن مقدماً للأکثریه علی الأعدلیه، کالحلّی فی (السرائر) وعزاه إلی ظاهر الأصحاب مشعراً بدعوی الإجماع علیه.

وبین من اقتصر علی القرعه خاصه، کالعمانی.

النظر فی أخبار الترجیح وطریق الجمع بینها:

فنقول: إن هذه النصوص علی طوائف:

الاولی: ما یدل علی التنصیف، کخبر غیاث بن إبراهیم، والحکم بالتنصیف قد یکون من جهه تساقط البینتین، فتکون مثل صوره دعوی المدعیین بلا بینه، والدلیل علی التنصیف هو ما ذکر هناک.

لا یقال: التنصیف یوجب العلم بالخلاف.

لأنـا نقـول: فرق بيـن الوصـول إلى الواقـع والعثـور عليه، وبين الحكم الفاصـل للخصـومه، والحكم بالتنصـيف هـو طريـق لفصـل الخصومه.

وقـد يكون من جهه العلم بكلتـا البينتين بعنوان فصـل الخصومه، فإنه وإن شـهدت كلّ واحـده بكلّ المال، إلا أنه يؤخـذ بنصـف مدلول كلّ واحده منهما، ويجمع بينهما ويحكم بالتنصيف لفصل الخصومه، نظير الجمع بين الروايات.

الطائفه الثانيه:

مـا يـدل على التنصـيف بعـد اليمين، كخبر إسـحاق بن عمار، وعلى هـذه تحمل الطائفه الاولى الساكته عن لزوم الحلف، فيكون وجه الجمع هو التنصيف بعد الحلف.

الطائفه الثالثه:

ما يدل على القرعه، فمن خرج اسمه كان الحق له، كخبر داود بن أبی يزيد العطار، فإنه يدل على أن طريق الحكم هو القرعه بلا تحليف فيما إذا كانت المرأه بيد ثالث بالأولويه، وكخبر سماعه، وخبر عبد اللّه بن سنان.

وهـذه الاخبـار وإن كـانت ظـاهره فی تمـاميه الحكم بـالقرعه وبلا يمين، إلا أنها قضـيه فی واقعه، ويمكن أن تحمل على الطائفه الدالّه على أن الإقتراع هو لتعيين من عليه الحلف وهی:

الطائفه الرابعه:

كخبر عبـد الرحمن بن أبی عبـد اللّه البصـری، وخبر الحلبی، فيكون طريق الجمع بين هـاتين الطـائفتين هو القرعه لتعيين من عليه الحلف، وحينئذ، يكون الحكم باليمين عملاً بقوله صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: « إنما أقضی بينكم بالبيّنات والأيمان» .

ص:۶۵۰

ويتحصل مما ذكرنا: إن قاعده فصل الخصومه هو الامور الثلاثه الآتيه: البينه واليمين، ثم التنصيف وذلك فى صوره فقدانهما للبينه أو وجدانهما لها ثم حلف كليهما أو نكولهما معاً، ويكون التنصيف فيما إذا كان مورد النزاع قابلاً له، وإلا فلا سبيل إلا القرعه.

وأما القول بالترجيح لاحدى البينتين على الاخرى بالأكثريه عداله أو عدداً، مع الالتزام بالترتيب أو عدمه، فلم نجد له دليلاً فى الأخبار، إلا خبر أبى بصير الذى قضى فيه لأكثرهم بينه واستحلفهم، وكيف كان، فلا مناص من أن يحمل الترجيح على توجه اليمين على من كانت بينته راجحه على بينه الآخر لهذه الجهه أو تلك، فالفاصل للخصومه هو اليمين، تحكيماً للقاعده الكليه فى باب القضاء، لأنا علمنا من خبر أبى بصير أن معنى مرجحيّه الأكثريه هو توجه اليمين على صاحب تلك البينه، فكذلك الكلام فى صاحب البينه الأكثر عداله.

وقد يستأنس لذلك بتقديم الإمام عليه السلام الأكثر عدداً، أى سواء كانت الاخرى أعدل أولا.

ولو وقع التعارض فى مورد بين التنصيف والقرعه، تقدمت أدلّه القرعه، فمن خرج اسمه حلف وقضى له.

هذا هو طريق الجمع بين هذه الأخبار فى هذه الصوره.

قال المحقق قدّس سرّه:

« وقال فى المبسوط يقضى بالقرعه إن شهدتا بالملك المطلق، ويقسّم بينهما إن شهدتا بالملك المقيد، وإن اختصت إحداهما بالتقييد قضى بها دون الاخرى. والأول أنسب بالمنقول» (١).

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ١١١.

وقـد ضـعّف فی (الجـواهر) مـا عن المبسوط قـال: وإن قيـل فی توجيهه: إنه جمع بين مـا دلّ علی القرعه وخـبری تميم بن طرفه وغياث المتقدمين سابقاً بالتفصيل المزبور.

لکن فيه: إن المفروض فی خبری سـماعه وابن سـنان من أخبار القرعه المقيدتين کما أن فيها المطلق أيضاً، وفی أخبار التنصـيف المقيـدتين کخبر غياث والمطلقتين کخبر تميم بن طرفه، فليس فی ما ذکره جمع بين النصوص، بل فی خبر إسـحاق ما هو خارج عن الجميع وهو تحليفهمـا معـاً، فأيهمـا حلف ونکل الآخر کانت للحالف، فإن حلفا جميعاً کانت بينهما نصـفين، ولم أعرف من عمل به عدا ما تسمعه من ظاهر أبی علی (۱).

حکم ما لو أقرّ الثالث لأحدهما:

قال العلامه قدّس سرّه فی (القواعد) : « ولو أقرّ الثالث بالعين لأحدهما، فالوجه أنه کاليد» (۲).

قال کاشف اللثام: « تقـدّم علی قيام البينتين أو تأخر، لقيام المعنی القائم فی اليـد فيه، وجزم به فی المقصد السابع. ويحتمل العدم بعد إقامه البينتين، لکشفهما عن أن يد المقرّ مستحقه للإزاله، فإقراره کإقرار الأجنبی» (۳).

وفی (الجواهر) : « بل قـد يشـکل - إن لم يکن إجماع - اندراج ذلک قبل إقامه البينتين فضـلاً عما بعده فيما دل علی حکم ذی اليد بالنسبه إلی الدخول والخروج،

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۴۲۹ - ۴۳۰.

۲- ۲) قواعد الأحکام ۳: ۴۸۸.

۳- ۳) کشف اللثام عن قواعد الأحکام ۱۰: ۲۵۲.

ولعلّه لذا أطلق بعضهم الحكم من غير فرق بين إقرار الثالث وعدمه فتأمل جيّداً» (١).

قلت: إنما يتّجه احتمال العدم فيما إذا لم يكن الثالث وكيلاً ـ للمقرّ له، لأن البينه قامت على عدم كونه مالكاً للعين، ولم تنف وكالته ولم تسقط يده عن الإعتبار، فلو أقرّ بكونها له وادّعى وكالته عنه، كانت يده يد المقرّ له وترتب الأثر على إقراره.

الصوره الرابعه: كون العين لا فى يد أحد

الصوره الرابعه: أن لا تكون العين فى يد أحد، والظاهر أن حكم هذه الصوره حكم ما إذا كانت فى يد ثالث، فما ذكرناه هناك آت هنا.

مورد تحقق التعارض

قال المحقق قدّس سرّه: « ويتحقق التعارض بين الشاهدين والشاهد والمرأتين» (٢).

أقول: لا خلاف ولا إشكال فى ذلك، لأن المرأتين تقومان مقام الرجل الواحد فى الشهاده، فتصدق البينه على الشاهد والمرأتين كما تصدق على الشاهدين.

قال: « ولا يتحقق بين الشاهدين وشاهد ويمين، وربما قال الشيخ نادراً: يتعارضان ويقرع بينهما» (٣).

أقول: علّل فى (الجواهر) ما ذهب إليه المشهور بعدم صدق اسم البينه على

١- ١) جواهر الكلام ٤٠: ٤٣٢.

٢- ٢) شرائع الإسلام ٤: ١١١.

٣- ٣) شرائع الإسلام ٤: ١١١.

الشاهد واليمين (۱)، وفى (المسالک) بأن الشاهد لا يستقل بالحجيه، واليمين معه وإن أوجبت ثبوت المال إلا أنه حجه ضعيفه، ومن ثم اختلف فى ثبوته بها، وبأن الذى يحلف مع شاهد يصدق نفسه والذى يقيم شاهدين يصدقه غيره، فهو أقوى جانباً وأبعد عن التهمه، وبهذا صرح الشيخ فى المبسوط فى فصل الدعاوى والبينات، وفى الخلاف أيضاً (۲).

وقد ذكر المحقق الآشتيانى وجوهاً لكنها استحسانيه.

قلت: وربما يشكل على تعليل (المسالک) بأنه مع الحجيه لا يبقى أثر للضعف والقوه، بل يتحقق التعارض.

والتحقيق أن يقال: إنه إن صدق اسم البينه على الشاهد واليمين، فلا كلام فى قدرته على المقاومه مع الشاهدين وتحقق التعارض، لكن المراد من « البينه» فى نصوص كتاب القضاء هو اصطلاح خاص، ومقتضى التقابل بين البينه واليمين فى قوله صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: « إنما أقضى بينكم بالبينات والأيمان» مغايره البينه لليمين وإن كانت مع شاهد، فالحق عدم صدق اسم البينه وعدم تحقق التعارض بينهما.

فإن قيل: التعارض هو بين الحجّتين لا بين البينتين، حتى يقال ليس الشاهد واليمين بينه.

قلنا: مقتضى النظر فى النصوص الوارده فى علاج تعارض البينتين هو أن المراد البينه بما هى لا بما هى حجه، فلا وجه للتعدى عن موردها.

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۴۳۳.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۴: ۸۹.

وبما ذكرنا يظهر الجواب عمّا استدل به الشيخ قدّس سرّه فى فصل الرجوع عن الشهاده من (المبسوط) على ما نسب إليه المحقق من القول بالتعارض والقرعه، وإنما قال « وربما» لعدم صراحه كلام الشيخ، ولذا اختلف العلماء فى فهم عبارته:

فعن الشهيد حكايه ذلك عنه فى (الدروس) صريحاً، وعن فخر المحققين نسبه التردد إليه، وقد رجّح صاحب (المسالك) فهم الفخر بعد نقل عباره الشيخ (1).

ص:655

1- 1) نص عباره الشيخ: « إذا شهد شاهدان أنه أوصى لزيد بثلث ماله، وشهد شاهد واحد أنه أوصى بثلث ماله لعمرو، وقال عمرو: احلف مع شاهدى ليكون الثلث بيننا، فهل يزاحم الشاهدين بشاهد ويمين أم لا؟ قال قوم: يحلف ويزاحم ويساويه، لأن الشاهد واليمين فى الأموال بمنزله الشاهدين. وقال آخرون: لا يساويه، لأن الشاهد واليمين أضعف من شاهدين، لأن الشاهد وحده لا يقوم بنفسه حتى يضم إليه غيره، والشاهدان قائمان بأنفسهما فلا يعارضهما به. فمن قال لا يعارضهما حكم بالثلث لزيد وحده، ومن قال يعارضهما حكم بالثلث لزيد وحده، ومن قال يعارضهما حلف عمرو مع شاهده، وكان الثلث بينهما نصفين، وعلى مذهبنا يقرع بينهما إذا عدم التاريخ، فإن خرج اسم صاحب الشاهدين أُعطى الثلث، وإن خرج اسم صاحب الشاهد الواحد حلف معه وأخذ الثلث» المبسوط 8 / 253 - 254. فالمحقق نسب إليه القول بالتعارض والقرعه لكن مع كلمه « ربما» ، لأن كلامه ليس صريحاً، والشهيد نسب إليه القول بذلك صريحاً، وقد فهم هذا من قوله « وعلى مذهبنا يقرع. . .» والمحكى عن فخر المحققين (إيضاح الفوائد 4: 409) نسبه التردد إليه لاقتصاره على نقل قولى العامه فى ذلك، واستحسنه الشهيد الثانى فى المسالك (مسالك الأفهام 14: 90) قائلاً: « والذى يظهر أن هذا ليس حكماً بالتعارض، لأن القولين اللذين حكاهما عن المخالفين كما هى عادته، ومذهبهم أن الوصيه المعينه كالثلث مثلاً لاثنين متعارضين يوجب قسمته بينهما على سبيل العول. ومذهبنا: إن الثانى يكون رجوعاً عن الأول إن علم الترتيب، وإن اشتبه أُقرع، وهذا المذكور على إطلاقه من مواضع الإشتباه، فلما ذكر حكم الوصيه على القولين على مذهب المخالف، وكان مذهبنا يخالف القول الأول على تقدير تقديم الشاهدين، ذكر ما يوافق مذهبنا على تقديره التعارض لئلا يوهم أن مذهبنا على تقدير التعارض، ولئلا يوهم أن مذهبنا على تقديره يوجب اشتراكهما فى الموصى به، وهذا ليس حكماً بترجيح القول بالتعارض بل هو باق على تردده حيث اقتصر على مجرد نقلهما، وإنما فرع ما يناسب القول الثانى من مذهبنا، فنقل الشيخ فخر الدين عنه التردد أقعد. وقول المصنف: وربما قال الشيخ. . . يدل على احتماله للأمرين، وكذلك فعل العلامه فى القواعد نقلاً عن الشيخ» . قلت: إن الشيخ قدّس سرّه قد وضع المبسوط للدلاله على كثره الفروع فى فقهنا، وأنه ما من فرع ذكره العامّه إلا وهو موجود فى أخبارنا ومنصوص عليه تصريحاً أو تلويحاً من أئمتنا، فالقول بأن عادته الحكايه عن المخالفين كما فى المسالك، أو إنه اقتصر هنا على نقل قولى العامّه كما فى الجواهر عن الفخر، يخالف الغرض الذى وضع لأجله المبسوط، فليتأمل.

وكيف كان، فلا ريب في ضعفه.

قال المحقق قدّس سرّه: «ولا بين شاهد وامرأتين وشاهد ويمين، بل يقضى بالشاهدين والشاهد والمرأتين دون الشاهد واليمين» .

أقول: فالحاصل عدم صدق «البينه» على الشاهد الواحد مع اليمين، وحينئذ لا يقع التعارض بينه وبين البينه مطلقاً، بل يقضى بما قامت عليه البينه ولا يلتفت إلى الشاهد واليمين.

الحكم بالقسمه يختص بمورد إمكانه

قال المحقق: «وكلّ موضع قضينا فيه بالقسمه، فإنما هو في موضع يمكن فرضها كالأموال دون ما يمتنع، كما إذا تداعى رجلان زوجه» (1).

أقول: قد ذكرنا سابقاً: أن فصل الخصومه بالتنصيف يكون في كلّ مورد أمكن فيه ذلك، قال في (المسالك) إن العباره توهم اختصاص الحكم بما يقبل القسمه لكنه تجوز بها في إمكان الشركه، ولو عبّر بها كان أولى (2). ومن هنا قال في

1- 1) شرائع الإسلام 4: 112.

2- 2) مسالك الأفهام 14: 92.

(الجواهر) مازجاً بالمتن: فی موضع یمکن فرضـها بإمکان الإشتراک فیه وإن لم یقسم فعلًا کالعبـد والأمه، دون ما یمتنع لامتناع الشرکه فیه (۱).

وکیف کـان، فقـد ذکرنـا سابقـاً أنه فی کـلّ موضع لم یمکن التنصـیف - کمـا إذا کان مورد التـداعی هو الزوجه - فالحکم هو القرعه، ویـدل علیه مرسـل داود بن أبی یزیـد العطـار عن الصـادق علیه السـلام: « فی رجـل کـانت له امرأه، فجـاء رجـل بشـهود فشـهدوا أن هـذه المرأه امرأه فلان، وجاء آخرون فشـهدوا أنها امرأه فلان، فاعتـدل الشـهود وعدلوا، قال: یقرع بین الشـهود فمن خرج اسمه فهو المحق وهو أولی بها» (۲)وعمل الأصحاب به جابر لضعفه.

ولم یذکر الإمام علیه السلام فیه الیمین، فیقیّد - کما تقدم - بما دلّ علی أن من خرج اسمه بالقرعه فعلیه الیمین، مثل خبر الحلبی الذی یعمّ الأموال وغیرها.

لکن فی (المسالک) إنه لا فائده فی الإحلاف بعد القرعه، لأن فائدته القضاء للآخر مع نکوله، وهو منفی هنا (۳).

وأجاب فی (الجواهر) بقوله: « وفیه: إنه لا مانع منه، وإنما المنفی التنصـیف بینهما علی تقدیر النکول منهما، بل یتّجه فیه انتفاؤها عنهما، نعم، لا تعرض فی الخبر للیمین، ولا ینافی إطلاق ثبوتها فی غیره، خصوصاً بعد ما عرفت أن القرعه لإثبات الرجحان الذی یتبعه الیمین علی حسب الترجیح بالأعدلیه والأکثریه، . . .» (۴).

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۴۳۳.
۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۵۲/۸. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۱۲.
۳- ۳) مسالک الأفهام ۱۴: ۹۲.
۴- ۴) جواهر الکلام ۴۰: ۴۳۳.

قلت: وما ذكره تام إلا قوله: « بل يتجه فيه انتفاؤها عنهما» الظاهر فى أنه مع نكولهما عن اليمين يتجه نفى كونها زوجه لهما، فإنا نقول بأن مقتضى البينتين تحقق العلم الإجمالى بكونها لأحدهما، وإن لم يحصل العلم الإجمالى بكونها بينهما، فلا ريب فى إفادتهما نفى كونها لثالث، فلا يجوز تزويجها من ثالث، فلا مناص حينئذ - أى فى صوره نكولهما - عن القرعه مره ثانيه، فيكون من خرج اسمه أولى بها بلا يمين.

قال فى (الجواهر) : « ومما ذكرنا يظهر لك النظر فى كلام الفاضل حيث قال: « فصل: فى أسباب الترجيح لحجه على اخرى، وهى ثلاثه: الأول: قوّه الحجه كالشاهدين، والشاهد والمرأتين على الشاهد واليمين، ولو اقترنت اليد بالحجه الضعيفه احتمل تقديمها والتعادل» (١).

ووجه النظر هو ما عرفت من عدم اندراج الشاهد واليمين تحت النصوص، فلا يتحقق التعارض، والترجيح فرع التعارض كما هو واضح.

هل اليد من المرجحات؟

ثم ذكر العلامه السبب الثانى من أسباب ترجيح احدى البينتين على الاخرى بقوله: « الثانى: اليد، فتقدم بينه الداخل على الخارج على رأى، والأقوى العكس» .

أى: فتكون اليد سبباً لتقدم بينه الداخل على بينه الخارج، على رأى بعض الأصحاب القائلين بحجيه بينه ذى اليد، واختار قدّس سرّه العكس، وهو تقديم

١- ١) جواهر الكلام ۴۰: ۴۳۳.

بینه الخارج فلا تکون الید مرجحه، لما تقدم من عدم حجیه بینه ذی الید، لقوله صلّی اللّه علیه وآله وسلّم « البینه علی المدعی والیمین علی أنکر» فلا تسمع بیّنته حتی تکون یده مرجحه لها.

ثم ذکر قدّس سرّه هنا فروعاً، فقال:

« إلا أن یقیمها بعد بینه الخارج علی إشکال، فلو ادّعی عیناً فی ید غیره فأقام بینه فأخذها منه، ثم أقام الذی کانت فی یده أنها له، نقض الحکم وأعیدت إلیه علی إشکال» (۱).

قال کاشف اللثام: « من انقلاب الداخل خارجا، والعکس بإقامه الخارج البینه بالحکم فیها، وهو اختیار الشیخ، ولکن بناء علی تقدیم بینه الداخل لانکشاف بینته لذی الید. ومن اتحاد الدعوی، فلا یختلف الحال بتأخیر إقامه البینه وتقدیمها، والید الطاریه لإقامه البینه لا دلاله لها علی شیء، وهو الأقوی» (۲).

وتبعه صاحب (الجواهر) حیث قال: « وفیه أیضاً مالا یخفی، ضروره اقتضاء ذلک التسلسل المنافی لحکمه القضاء الذی هو الفصل بین المتخاصمین، والفرض أنها دعوی واحده، فالمتّجه عدم سماعها مطلقاً» (۳).

لکن فی (کشف اللثام) : « نعم، لو رافع إلی حاکم لا یعلم بالحال، فلا إشکال فی الإعاده إلیه» (۴).

۱- ۱) قواعد الأحکام ۳: ۴۸۸ - ۴۸۹.

۲- ۲) کشف اللثام ۱۰: ۲۵۴.

۳- ۳) جواهر الکلام ۴۰: ۴۳۴.

۴- ۴) کشف اللثام ۱۰: ۲۵۵.

ثم قال العلامه: « ولو أراد ذو اليد إقامه البيّنه قبل ادعاء من ينازعه للتسجيل، فالأقرب الجواز» (۱).

وجه القول بالجواز هو: أن التسجيل - أی إثبات ملکیته وثبته فی سجلّ الدعاوی لدی الحاکم - غرض مقصود، فربما احتاج إلی الإثبات فی المستقبل ولا یمکنه لعدم حضور الشاهدین أو موتهما أو غیر ذلک.

وذکر شراح (القواعد) للعدم وجهین، أحدهما: إنه لا بینه إلا علی خصم، والآخر: إن الملک ثابت له بدون البینه بمجرد الید والتصرف مع انتفاء المنازع، فلا فائده للبینه، وتحصیل الحاصل محال (۲).

وقد أجابوا عن الوجهین: بأن التسجیل فائده عقلائیه، ولا مانع من إقامه البینه مع عدم الخصومه الفعلیه حیث یحتمل تحققها فی المستقبل وعدم تمکنه من إثبات دعواه حینذاک بسبب من الأسباب.

قلت: والأقرب هو الجواز، والفرع یبتنی علی القول بحجیه بینه الداخل کما لا یخفی.

ثم قال العلامه: « ولو أقام بعد الدعوی لإسقاط الیمین جاز» (۳).

أقول: وهذا أیضاً مبنی علی حجیه بینه ذی الید کما ذکرنا.

ثم قال: « ولو أقام بعد إزاله یده بینه الخارج وادعی ملکاً سابقاً، ففی التقدیم بسبب یده التی سبق القضاء بإزالتها إشکال» (۴).

فی (کشف اللثام) : « من سبق یده وأنه الداخل والبینه تشهد له بالملک

۱- ۱) قواعد الأحکام ۳: ۴۸۹.
۲- ۲) إیضاح الفوائد ۴: ۴۱۰.
۳- ۳) قواعد الأحکام ۳: ۴۸۹.
۴- ۴) قواعد الأحکام ۳: ۴۸۹.

المستند إلى ذلک الزمان. ومن کون تلک الید قد اتصل القضاء بزوالها، أما لو أقام البینه بعد القضاء للخارج قبل إزاله الید فهی بینه الداخل» (۱).

وفیه: - کما فی (الجواهر) - ما لا یخفی، من أنه لیس من الداخل علی التقدیرین، بل قد عرفت عدم سماع دعواه لانقطاعها بالقضاء للخارج (۲). نعم، إذا کانت بینه الداخل حجه وتقدّم علی بینه الخارج، فالظاهر التقدیم، لأن بیّنته حینئذ تشهد بأن العین قد اُخذت منه واُزیلت یده عنها ظلماً.

ثم قال العلامه: « وإذا قدمنا بیّنه الداخل فالأقرب أنه یحتاج إلی الیمین» (۳).

قال فی (الجواهر) : کأنه مناف لما ذکره سابقاً من إسقاطها الیمین، اللهم إلا أن یفرق بین معارضه البینه وبین معارضه مجرّد الدّعوی، فتسقط علی الأول، فیبقی استحقاق الیمین بحاله بخلاف الثانی (۴).

قلت: لکن لا یبقی حینئذ أثر للید.

ثم قال العلامه - بشرح الفاضل الهندی -: « وإذا قامت البینه علی الداخل أو أقرّ فادّعی الشراء من المدعی أو ثبت الدین علیه ببینه أو إقرار فادّعی الإبراء، فإن کانت البینه بدعواه حاضره سمعت قبل إزاله الید وتوفیه الدین، وإن کانت غائبه طولب فی الوقت بالتسلیم، لثبوت الاستحقاق شرعاً من غیر ظهور معارض، ولیس له المطالبه بکفیل، للأصل.

ثم إذا أقام البینه استرد، و ربما احتمل العدم والتأجیل ثلاثه أیام، کما هو

۱- ۱) کشف اللثام ۱۰: ۲۵۵.
۲- ۲) جواهر الکلام ۴۰: ۴۳۵.
۳- ۳) قواعد الأحکام ۳: ۴۸۹.
۴- ۴) جواهر الکلام ۴۰: ۴۳۵.

حکم مدعی جرح الشهود، ولکنه واضح الضعف» .

قال: « ولو طلب الإحلاف أنه لم يبعه منه أو لم يبرء، قدم علی الاستيفاء لکونه کحضور البينه» (۱)فإن حلف ذاک استوفی العين وإن نکل أُبقيت فی يد هذا.

ثم قال العلامه: « ولو اعترف لغيره بملک لم تسمع بعده دعواه» (۲)لکونها إنکاراً بعد الإقرار، فإن ادّعی بعد ذلک شرائها مثلاً منه سمعت هذه الدعوی، لعدم منافاتها لإقراره السابق، فإن أقام البينه حکم له وإلا حلف الطرف الآخر وأُبقيت فی يده.

أما لو ثبت کون العين لغيره لاـ باعترافه بل ببينه ذاک أو حلفه، سمعت دعواه کونها ملکاً له، للفرق بين ثبوت الملک للآخر بالإقرار والثبوت بالحجه.

هل الشهاده بقدم الملک أولی؟

قال المحقق قدّس سرّه: « والشهاده بقدم الملک أولی من الشهاده بالحادث مثل أن تشهد احداهما بالملک فی الحال والاخری بقديمه، أو احداهما بالقديم والاخری بالأقدم، فالترجيح لجانب الأقدم» (۳).

أقول: إذا تعارضت البينتان فی الملک، ولکن اختصت احداهما بزياده التاريخ، بأن قالت احداهما بأن هذه العين لزيد فی الحال وقالت الاخری هی لعمرو منذ سنه، أو قالت تلک: هی لزيد منذ سنه، وقالت هذه هی لعمرو منذ سنتين، فهل زياده التاريخ والشهاده بقدم الملک يوجب الأولويه والترجيح لبينه عمرو

۱- ۱) کشف اللثام ۱۰: ۲۵۶.

۲- ۲) قواعد الأحکام ۳: ۴۸۹.

۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۲.

أولا؟ ذهب المحقق إلى الأول، وجعل العلامه فى (القواعد) اشتمال احدى البينتين على زياده كزياده التاريخ من أسباب ترجيح البينه (١)، وفى (الجواهر) نسبه هذا القول إلى الشيخ وابنى إدريس وحمزه، بل فى (المسالك) نسبته إلى المشهور (٢).

و وجه تقديم متقدمه التاريخ هو: إن تلك البينه تثبت الملك لعمرو فى وقت لا تعارضها البينه الاخرى فيه وهو السنه الاولى فى المثال، وإنما تعارضها فيها بعدها، فتتساقطان فى محل التعارض ويثبت الملك لعمرو فى السنه الاولى بلا معارض – ولهذا كان له المطالبه بالنماء فى ذلك الزمان – والأصل فى الثابت دوامه.

قال فى (الجواهر) : ولم أجد فى شىء من النصوص إشاره إليه، إلا ما فى صحيح ابن سنان عن الصادق عليه السلام عن على عليه السلام: « وكان إذا اختصم إليه الخصمان فى جاريه، فزعم أحدهما أنه اشتراها وزعم الآخر أنه أنتجها، فكانا إذا أقاما البيّنه جميعاً قضى بها للذى أنتجت عنده» (٣).

أقول: « كان» ظاهر فى الإستمرار، لكن من البعيد تكرّر هذه الواقعه بحيث يصح التعبير بهذا اللفظ، إلا أن يكون الحكم متكرراً و يقصد التمثيل بقضيّه الجاريه. وقوله: « قضى للذى أنتجت عنده» له ظهور فى كونه ذايد، فتكون الصحيحه فى غير ما نحن فيه، لأن المسأله مفروضه فيما إذا كان مورد الدعوى فى يد ثالث. . . وكيف كان، فالإستناد إليها فى هذا المقام محلّ تأمّل.

فهذا هو الذى ذهب إليه المشهور.

وعن غير واحد من الأصحاب: إحتمال التساوى بين البينتين وعدم تقدّم

١- ١) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٩.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٤٣٧.

٣- ٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٥٥/١٥. أبواب كيفيه الحكم، الباب ١٢.

المتقدمه التاريخ، بل احتملوا تقدّم المتأخره، لأنها تشهد بانتقالها من زيد إلى عمرو، وتلك تشهد بكونها لزيد منذ سنتين ولا تنفى انتقالها عنه، وإذا لم تقدم لإمكان استناد شهادتها إلى اليد - وهى تحتمل الملك وغيره - فلا أقل من التساوى.

وأما إذا شهدت المتأخره التاريخ بسبب الملك، كما لو شهدت بأن عمراً اشتراها من زيد، قدّمت على الاخرى قطعاً، خلافاً للعلامه فى (التحرير) (۱)لأنها لمّا صرّحت بالشراء علم أنها اطّلعت على ما لم تطّلع عليه الاخرى، فإن تلك وإن شهدت بأنها ملك زيد من ابتداء سنتين مثلاً إلى الآن، لكن غايته أنهما علما بكونها ملكه ولم يعلما بمزيله فى المده.

أقول: ومقتضى قاعده تقدّم الإثبات هو تقديم البينه المتأخره التاريخ مطلقاً، أى سواء أطلقت أو ذكرت السبب، خلافاً للمشهور فى الأول وللتحرير فى الثانى. وأما ما ذكره فى (الجواهر) تبعاً لكاشف اللثام من « أن هذه البينه لما لم تتعرّض لسبب الملك، أمكن استناد شهادتها إلى اليد وهى تحتمل الملك وغيره، ويمكن أن تكون الاخرى أيضاً تعلم اليد وأنها لغير الملك فلذا حكمنا بالتساوى» (۲)فخروج عن فرض المسأله، لأنها مفروضه فيما إذا كان الشىء فى يد ثالث، وسيصرّح بذلك صاحب (الجواهر) نفسه بقوله: « هذا كلّه، مع كون المشهود عليه ليس فى يد أحدهما» .

وكيف كان، فلا يمكن المساعده على ما ذهب إليه المشهور.

۱- ۱) تحرير الأحكام ۵: ۶۵۴۴/۱۸۸.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۰: ۴۳۸.

فإن لم تقدم المتأخره التاريخ، تتعارضان وتتساقطان، ويكون المرجع هو الأصل، ومقتضاه كون العين لزيد.

ولو أطلقت احداهما وأرّخت الاخرى، قيل: تساوتا، لاحتمال الاطلاق، هذا التاريخ وغيره، زائداً أو ناقصاً، فلا زياده فى احداهما على الاخرى إلا بالتعرّض للتاريخ، وهو مما لا يؤكد الملك ليتسبب الترجيح.

وفيه: إن المتّجه تقديم المطلقه مع العلم باستناد المؤرخه إلى الإستصحاب الذى قد عرفت عدم معارضته للبينه التى تقتضى انقطاعه، أما إذا لم يعلم، فالمتّجه العمل بالإستصحاب أيضاً، اقتصاراً فى تساقطهما على ما علم تعارضهما فيه وهو الملك فى الحال، فيبقى غيره مستصحباً.

ولو شهدت احداهما بسبب الملك كالشراء مثلاً فقيل: تقدم على المطلقه، قال فى (الجواهر) : وقد مرّ فى خبر أبى بصير ما يؤيده فى الجمله.

وفيه: كما فى (الجواهر) (۱)أيضاً إنه كما يحتمل أن يكون حكم الإمام عليه السلام فيه من جهه تقديم البينه المقيده على المطلقه، كذلك يحتمل أن تكون بينه المدعى متقدمه تاريخاً، فمن هذه الجهه حكم الإمام بكونها للذى ادّعى الدار وأقام البينه عليها، ولعلّه من هنا قال: يؤيّده فى الجمله.

هذا كلّه إذا لم تكن العين فى يد أحد المتداعيين.

وأما إذا كانت فى يد أحدهما، فإن كانت بيّنه الداخل أسبق تاريخاً - قال فى (المسالك) - فهو المقدّم لا محاله (۲)، وعن (الخلاف) نفى الخلاف فيه، و ذلك

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۴۳۹.

۲- ۲) مسالك الأفهام ۱۴: ۹۳.

لاجتماع مرجحين فيه، وهما اليد وزياده التاريخ.

لكن فى (القواعد) : ولو شهدت لذى اليد بالقدم، تعارض رجحان التقدم إن قلنا به وكون الآخر خارجاً (۱).

قال فى (كشف اللثام) : فيحتمل التساوى لاشتمال كلّ على مرجّح، وتقديم الخارج لعموم دليله، وهو الأقوى، والعكس كما فى المبسوط (٢)والخلاف (٣)ونفى فيه الخلاف، لاجتماع مرجّحين فيه ولعموم دليله. ويضعّف: بأن دليله إن تم نزلت بينه الخارج منزله العدم، ولا عبره ببيّنه الداخل إذا لم يكن للخارج بيّنه، وبأنه على القول بترجيح بيّنه الخارج لا عبره ببينه الداخل أصلًا، لأنها ليست من شأنه، وإذا لم تعتبر لم يكن لترجيحها بالقدمه أو غيرها معنى (۴).

وفى (الجواهر) : الظاهر بناء الأول على القول بأن للداخل بينه مسموعه، وحينئذ يتوجّه ترجيحها بالأمرين، وتنزيل بيّنه الخارج منزله العدم إنما هو لمعارضه بيّنه الداخل، فلا وجه للقول بأنه لا عبره ببيّنه الداخل إذا لم يكن للخارج بينه (۵). . .

أقول: إنه فى صوره وجود البيّنه للخارج دون الداخل، فلا ريب فى أنه يحكم له كما هو واضح، وإن لم يكن له بينه حلف ذواليد، وإن كان لكليهما بينه - والمفروض حجيه بينه ذى اليد أخذاً بعموم دليل حجيه البينه - فلا وجه للقول

۱- ۱) قواعد الأحكام ۳: ۴۹۰.

۲- ۲) المبسوط فى فقه الاماميه ۸: ۲۸۰.

۳- ۳) كتاب الخلاف ۶: ۳۴۲، المسأله ۱۵.

۴- ۴) كشف اللثام ۱۰: ۲۵۹.

۵- ۵) جواهر الكلام ۴۰: ۴۴۰.

بالتساقط، بل تقدم بينه ذى اليد لوجود المرجحين المذكورين، فما ذكره صاحب (الجواهر) هو الظاهر، لكن المختار عندنا أن بينه الداخل غير مسموعه مطلقاً، كما تقدم ويأتى.

وإن كانت بينه الخارج أسبق تاريخاً، ففى (الجواهر) عن الخلاف الجزم بتقديم بينه الداخل كذلك مدّعياً عليه الإجماع والأخبار، ولعلّه لأن البينه بقدم الملك لم تسقط بها اليد، كرجل ادّعى داراً فى يد رجل وأقام بينه بأنها كانت له أمس لم تزل بها فكذلك هنا، لكن فى (كشف اللثام) : يقوى تقديم الخارج كما فى المبسوط، لأن بينته فى الزمان المختص بها غير معارضه (۱).

وفى (المسالك) ذكر ثلاثه أوجه:

أحدها: ترجيح اليد، لأن البيّنتين متساويتان فى إثبات الملك فى الحال فتتساقطان فيه، ويبقى من أحد الطرفين اليد ومن الآخر إثبات الملك السابق، واليد أقوى من الشهاده على الملك السابق، ولهذا لا يزال بها.

والثانى: ترجيح السبق، لأن مع إحداهما ترجيحاً من جهه البينه ومع الاخرى ترجيحاً من جهه اليد، والبينه تتقدّم على اليد، فكذلك الترجيح من جهتها مقدّم على الترجيح من جهه اليد.

والثالث: إنهما متساويان لتعارض البينتين (۲).

أقول: إن كان للداخل بينه وهى مسموعه، فعلى هذا المبنى تتقدّم بيّنته فى هذه الصوره كالصوره السابقه، وأما على المختار من أنه لا بينه للداخل، لكون قوله

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۴۴۰.

۲- ۲) مسالك الأفهام ۱۴: ۹۳.

صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: « البينه على المدّعى و اليمين على من أنكر» مخصّصاً لعموم أدلّه الشهاده، فلا ريب فى تقدّم بينه الخارج، لأن بينه ذى اليد غير مسموعه، ويده لا تصلح لمعارضه بينه الخارج.

هذا، وفى (المسالک) : إعلم أن إطلاق عباره المصنّف يقتضى عدم اشتراط إضافه البينه بالملک القديم والتعرض لذلک فى الحال، وهو أحد الوجهين فى المسأله، لأن الملک إذا ثبت سابقاً فالأصل فيه الدوام والإستمرار، فلا يفتقر إلى التصريح باستمراره.

والثانى – وهو المشهور -: إن الشهاده بالملک القديم لا تسمع حتى يقول: وهو فى ملکه فى الحال، ولا أعلم له مزيلًا، حتى لو قال: لا أدرى زال أم لا، لم يقبل، لأن ثبوت الملک سابقاً إن اقتضى بقاءه فيد المدّعى عليه وتصرّفه يدل على الإنتقال إليه، فلا يحصل ظن الملک فى الحال، ولأن دعوى الملک السابق لا تسمع فکذلک البينه عليه، وعلّلوا عدم قبول الشهاده مع قوله لا أدرى زال أم لا – مع أن مؤدّاها قريب من قوله لا علم له مزيلًا -: بأن الأولى تقتضى تردداً وريبه، فهى بعيده عن أداء الشهاده (1) .

وفيه نظر: لأن الجزم الواقع فى الشهاده بالصيغتين الاولىين إنما استند إلى استصحاب الملک وظن الاستمرار مع عدم ظهور المنافى، وإلا فالتعبير بالاستمرار لا يتفق، لأن الأسباب الموجبه لانتقال الملک عن المشهود له لا يمکن القطع بعدمها وإن صحبه الشاهد ليلاً ونهاراً، فإن منها ما يمکن وقوعه سرّاً بنفسه مع نفسه، والإستناد إلى الإستصحاب وظن الاستمرار يتأدى بقوله: لا أدرى زال أم لا کما

۱– ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۹۳ – ۹۴.

يتأدّى بقوله: وهو ملكه فى الحال، لأنه إذا لم يـدر هل زال أم لا، جاز له استصـحاب البقاء والحكم به فى الحال، وكون الصـيغه بعيده عن أداء الشهاده فى حيّز المنع.

ومن ثم ذهب بعضـهم إلى عدم اشتراط الضـميمه، مع أن الشهاده بالملك السابق لا ينافى العلم بتجدّد انتقاله عنه، فمع إضافته ما ينافى العلم بالانتقال أولى.

والحق: إن إطلاق الشـهاده بالملك القـديم لا يسـمع، لعـدم التنافى بين كونه ملكاً له بالأمس مع تجدّد انتقاله عنه اليوم وإن كان الشاهـد يعلم بـذلك، بل لابدّ من إضافه ما يفيد عدم علمه بتجدّد الإنتقال، وذلك يتحقق بهذه الصـيغ وإن كان الاقتصار على ما لا يشتمل على التردّد أولى.

حكم الإستناد إلى الإستصحاب فى الحكم والشهاده:

أقول: هنا فروع متعدده:

فمنهـا: إنه هـل للحـاكم أن يحكم بالاسـتناد إلى الإستصـحاب، كمـا إذا علم بكون العين لزيـد سابقـاً ثم لمـا ادّعاها عمر يشـك فيستصحب بقائها على ملك زيد؟ إن قلنا بجواز حكم الحاكم بعلمه جاز حكمه باستصحابه، لأن استصحابه يقوم مقام علمه.

ومنها: إنه هل للشاهد أن يشـهد مسـتنداً إلى الإستصـحاب؟ وإذا جاز ذلك، فهل للحاكم الحكم مع علمه بأن لا مدرك لشهادته إلا الإستصحاب، أو مع تصريح الشاهد باستناده إلى الإستصحاب، أو تصريحه بالجهل بالأمر فى الحال؟ وهل يعتبر ذلك شهاده؟

ومنها: إنه لو قال أشهد بكونها ملكاً لزيد أمس، ثم سكت بالنسبه إلى الحال، فهل للحاكم أن يحكم بكونها لزيد فى الحال أخذاً بالإستصحاب؟

قال فی (الجواهر) : لا مدرک للمسأله بحسب الظاهر إلا صدق اسم الشهاده عرفاً، فلا حکم للمشکوک فیها فضلًا عن غیرها، ولا ـ ریب فی عدم صدق الشهاده بالملک فی الحال بمجرّد الشهاده علی قدم الملک، بل قد یشک فی صدقها مع التصریح بالإستصحاب، بل ومع قوله: لا أعلم له مزیلًا، فضلًا عن قول: لا أدری زال أم لا، وجواز الشهاده بالإستصحاب لا یقتضی تحقق اسمها مع التصریح به أو بما یساویه، وإنما المعلوم کونها شهاده عرفاً قوله هو ملکه فی الحال، ولعلّه لذا اقتصر علیه بعضهم کما عن آخر التصریح بإراده تحقق الملک الحال من قوله لا أعلم له مزیلًا نحو القول إن هذا الأمر قطعی لا أعلم فیه مخالفاً، ففی الحقیقه هو شهاده علی عدوان الید المعارضه (۱).

قلت: قد یقال: صحیح إن الحاکم لا یحکم فی هذه الحاله بالملکیه الفعلیه للمشهود له استنادا إلی هذه الشهاده، إلا أنه لما شهد الشاهد بالملکیه السابقه فقد ثبت ملک أمس عند الحاکم بالشهاده، فإذا شک الحاکم نفسه فی زوال تلک الملکیه بادّعاء عمرو استصحب بقائها حتی الحال فیحکم بکون العین لزید المشهود له، لکن هذا فی صوره عدم کونها فی ید عمرو، لأن یده حینئذ مقدمه علی الإستصحاب المذکور، ولذا قیل إن للحاکم الحکم استناداً إلی الإستصحاب فی صوره عدم وجود ید معارضه له.

قلت: لکن نفس الإدلاء بالشهاده له بالملکیه، له ظهور عرفی فی الشهاده علی الملکیه الفعلیه وإن لم یضم إلیه ضمیمه، وإلا فما الداعی للشاهد علی الشهاده علی الملکیه السابقه مع أن النزاع حول الملکیه فی الحال؟ فإذا کان الملاک هو الصدق العرفی فالظاهر تحققه، ولعلّ هذا وجه اطلاق المحقق قدّس سرّه.

ص:۶۷۰

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۴۴۲.

وهنا فرع آخر تعرّض له المصنف فی المسأله الخامسه.

قال فی (الجواهر) : وما عساه یظهر من بعض الناس من الإجماع علی کون الشهاده المزبوره کالشهاده علی الملک فی الحال فی الإنتزاع بها، بل مرجع الأخیره إلی الاولی عند التحلیل، ضروره عدم الإحاطه بأسباب الإنتقال التی منها ما یقع بین المالک وبین نفسه من دون اطّلاع أحد، وحینئذ، فما دلّ علی الأخذ بشهاده العدلین من قوله صلّی اللّه علیه وآله وسلّم: « البینه علی المدّعی» شامل للصورتین، بل محل البحث منهما هی الغالبه، لندره البینه المطلعه علی العدم، لم أتحققه.

فإن تمّ کان هو الحجه وإلا فالمسأله محلّ نظر، والظاهر عدم تمامیته حیث یراد قیامها علی مال فی ید مسلم.

نعم، ربما یقال بتمامیته حیث لا تکون ید، کما فی خبر حمران (۱)المشتمل علی دعوی ملکیه جاریه بنت سبع سنین، فلاحظ (۲).

هذا کلّه فی الشهاده بالملک.

ص:۶۷۱

۱- ۱) قال: « سألت أبا جعفر علیه السلام عن جاریه لم تدرک بنت سبع سنین مع رجل وامرأه، ادعی الرجل أنها مملوکه له وادّعت المرأه أنها ابنتها، فقال: قد قضی فی هذا علی علیه السلام، قلت: وما قضی فی هذا؟ قال: کان یقول: الناس کلّهم أحرار إلا من أقرّ علی نفسه بالرق وهو مدرک، ومن أقام بینه علی من ادّعی من عبد أو أمه فإنه یدفع إلیه ویکون له رقّاً، قلت: فما تری أنت؟ قال: أری أن أسأل الذی ادعی أنها مملوکه له بینه علی ما ادّعی، فإن أحضر شهوداً یشهدون أنها مملوکه لا یعلمونه باع ولا وهب، دفعت الجاریه إلیه حتی تقیم المرأه من یشهد لها أن الجاریه ابنتها حره مثلها فلتدفع إلیها وتخرج من ید الرجل، قلت: فإن لم یقم الرجل شهوداً أنها مملوکه له؟ قال: تخرج من یده، فإن أقامت المرأه البینه علی أنها ابنتها دفعت إلیها، فإن لم یقم الرجل البینه علی ما ادعی ولم تقم المرأه البینه علی ما ادعت، خلّی سبیل الجاریه تذهب حیث شاءت» وسائل الشیعه ۲۷: ۲۵۲/۹. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۱۲.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۰: ۴۴۲ - ۴۴۳.

الشهاده بالإقرار

وأما لو شهد بأنه أقرّ له بالأمس ففى (القواعد) : « ثبت الإقرار واستصحب موجبه وإن لم يتعرض الشاهد للملک الحالى» (۱).

وفى (کشف اللثام) : « کما إذا سمعنا نحن منه الإقرار حکمنا بالملک للمقرّ له إلى ظهور المزیل، والفرق بین ثبوت الملک بالإقرار وثبوته بالبینه واضح» (۲).

وفیه نظر - کما فى (الجواهر) (۳)- فلو اُخذت العین من زید بإقراره أمس ثم وجدت بیده الیوم، أشکل رفع یده هذه بذاک الإقرار، لأن الید الفعلیه تعارض إقرار الأمس، وإن سقطت یده أمس بالإقرار اللاحق لها، لکشفه عن کونها ید عدوان مثلاً.

کما أن الید الفعلیه هذه لا تسقط بالبینه السابقه علیها التى رفعت یده بها عن العین.

تقدم الشهاده بالملک على الشهاده بالید

قال المحقق قدّس سرّه: « وکذا الشهاده بالملک أولى من الشهاده بالید، لأنها محتمله» (۴).

أقول: أى إن الشهاده بالید محتمله للملک وغیره، فتکون الشهاده بالملک

۱- ۱) قواعد الأحکام ۳: ۴۹۰.
۲- ۲) کشف اللثام فى شرح قواعد الأحکام ۱۰: ۲۶۱.
۳- ۳) جواهر الکلام ۴۰: ۴۴۴.
۴- ۴) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۲.

نصّاً فی الملک، والشهاده بالید ظاهره فی الملک، والنصّ متقدّم علی الظاهر عقلاً ونقلاً.

لا یقال: لا یوجد عندنا نص فی خصوص تقدّم النص علی الظاهر.

لأنّه لیس المراد ذلک، بل المراد أن قوله صلّی اللّه علیه وآله وسلّم « إنما أقضی بینکم بالبیّنات والأیمان» و « البینه علی المدعی والیمین علی المدّعی علیه» صریحان فی أن البینه حجه علی الملکیه، سواء وجدت ید أولا.

تقدّم الشهاده بسبب الملک علی الشهاده بالتصرف

قال المحقق: « وکذا الشهاده بسبب الملک أولی من الشهاده بالتصرف» (۱).

أقول: أی، لأن التصرف کما یکون عن ملک کذلک یکون عن وکاله ونحوها، وحینئذ، تکون الشهاده بسبب الملک - کالشراء مثلاً - متقدمه علی الشهاده بالتصرف، من باب تقدم النص علی الظاهر، فإن ذلک قاعده جاریه فی کلام الشخص الواحد والشخصین اللذین هم بحکم الواحد.

هذا فیما إذا شهدتا بالنسبه إلی زمان واحد. وأما لو قامت الشهاده علی الید الفعلیه والشهاده علی الملک السابق، فسیأتی الکلام فیه.

هذا، وفی (المسالک) : « ولا فرق علی هذا التقدیر بین تقدیم تاریخ شهاده الید - بأن شهدت أن یده علی العین منذ سنه، وشهدت بینه الملک بتأریخ متأخر، أو بأنه یملکه فی الحال - وتأخّره، لاشتراک الجمیع فی المقتضی وهو احتمال الید بخلاف الملک. وفی هذه المسأله قول بتقدیم الید علی الملک القدیم، وسیأتی الکلام

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۲.

فيه» (۱).

قال فی (الجواهر) : وهو کما تری، ضروره أجنبیه ذلک عمّا نحن فیه، وهو ما عرفت من إراده بیان عدم تعارضهما بعد فرض تعلّقهما بمورد واحد (۲).

ص:۶۷۴

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۹۵.

۲- ۲) جواهرالکلام ۴۰: ۴۴۵.

المسأله الثالثه: (إذا ادّعیٰ شیئاً فقال المدّعی علیه: هو لفلان)

اشاره

قال المحقق قدّس سرّه: « إذا ادّعی شیئاً، فقال المدّعی علیه: هو لفلان، اندفعت عنه المخاصمه، حاضراً کان المقرّ له أو غائباً» (۱).

أقول: إذا کان شیء بید شخص، فادّعی أحد کونه له، فتاره: یقول المدّعی علیه: هو لی، واخری: یقرّ به لمعین فیقول: هو لفلان، وثالثه: یقرّ به لمجهول فیقول: لیس لی ولکن لا أسمّی مالکه أو لا أعرفه.

ولو أقرّ به لمعین، فتاره: هو ممّن یمکن المخاصمه معه، واخری: لا یمکن المخاصمه معه کأن یکون طفلًا، وتاره: یکون حاضراً، واخری: یکون غائباً.

فإن أقرّ بالشی لمالک معین بأن قال هو لفلان، اندفعت عنه المخاصمه وتوجّهت إلی المالک، سواء کان حاضراً أو غائباً، ولیس له أن یحلّف ذا الید، إذ لا یحلف أحد علی مال لغیره.

وهل أن قوله: هو لفلان، یدخل الشی فی ملک فلان المقرّ له أو یخرجه عن ملک ذی الید فقط؟ وجهان، فعلی الثانی یکفی للمدّعی إثبات کون المال له، وعلی الأول یحکم الحاکم بکونه للمقرّ له، وعلی المدعی المرافعه معه، فیکون المقرّ له هو المدّعی علیه، وهل للمدعی إحلاف ذی الید أنه لا یعلم أنها له أولا؟ فیه قولان،

ص:۶۷۵

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۲.

كما سيأتى.

ولكن إذا كانت فى يـد الشـخص المقر بعد فما المانع من أن يقيم المدّعى البينه لدى الحاكم على كونها له لا للمقرّ له، فيأخذها الحاكم ويدفعها إليه؟ لأنه إن كان المقرّ له حاضـراً أو يمكن حضوره، فالبينه مؤثره كما هو واضح، وإن كان غائباً حكم للمدّعى ثم الغائب على حجّته، نعم، لا يمكن إقامه البينه بأن يكون ذو اليـد هو المدّعى عليه، لأنه لا يمكن له اليمين فى مال المقرّ له، إلا إذا كـان مورد الـدعوى وجوب تسـليم العين، بأن يقيم البينه على الملكيه المسـتتبعه لوجوب تسـليمها فيحلف ذو اليـد على عـدم وجوبه.

وأما إذا سلّم المدّعى عليه العين إلى المقرّ له، فإما هى باقيه بيد المقرّ له، وإمّا هى تالفه، وهل للمدّعى أن يدّعى عليه العلم بكون المال له فيحلف على نفى العلم فإن لم يحلف غرم؟ قال المحقق: نعم، وهـذه عبارته: « وإن قال المـدعى: أحلفوه أنه لا يعلم أنها لى توجهت اليمين، لأن فائدتها الغرم لو امتنع لا القضاء بالعين لو نكل أوردّ» (١)وعليه العلامه فى (القواعد) (٢)، وقد نسب إلى الشيخ فى أحد قوليه (٣)، وفى (المسالك) : يجوز إن كانت تالفه (۴)، أى، فإن كانت العين باقيه أمر باستردادها. . . وأما إذا لم يمتنع وحلف على نفى العلم فلا شىء عليه.

قال المحقق: « وقال الشيخ: لا يحلف ولا يغرم لو نكل، والأقرب أنه يغرم، لأنه حال بين المالك وبين ماله بإقراره لغيره» .

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ١١٢.

٢- ٢) قواعد الأحكام ٣: ۴٨۶.

٣- ٣) المبسوط فى فقهالاماميه ٨: ٢۶۶.

۴- ۴) مسالك الأفهام ١۴: ٩٨.

ووجه قول الشيخ هو: إن الإمتناع لا يستلزم العلم بكونها للمدّعى، بل لا يضمن حتى مع الإقرار بذلك، لأنه لا يصدق عليه عنوان التلف حينئذ، فلا وجه للضمان.

قلت: والتحقيق أن الحكم بـالغرم بالإمتناع عن اليمين على نفى العلم متوقف على توفّر ثلاث مقـدمات: احـداها: أن يكون الإقرار لغيره بمنزله الإتلاف للمال. والثانيه: أن يكون الإمتناع عن هذه اليمين بمنزله الإقرار للمدّعى. والثالثه: أن يكون العلم بكون العين للمـدّعى جزءاً لموضوع الضـمان أو تمام الموضوع، وأما إذا لم يكن للعلم دخل فى الضـمان - كما هو الصـحيح، لأن اليد كافيه فى ثبوت الضمان - فلا أثر لليمين على نفى العلم.

هذا، وفى (المسالك) : « إذا ادّعى شـيئاً على إنسان، فقال المدّعى عليه: إنه ليس لى، فإمّا أن يقتصـر عليه أو يضيفه إلى مجهول أو إلى معلوم. فإن اقتصـر عليه أو أضافه إلى مجهول بأن قال: هو لرجل لا أعرفه، أو لا اسميّه، ففى انصراف الخصومه عنه وانتزاع المال من يده وجهان، أصـحّهما - وهو الذى لم يذكره المصنف - أنها لا تنصرف ولا ينتزع المال من يده، لأن الظاهر إن ما فى يده ملكه وما صدر عنه ليس بمزيل، ولم يظهر لغيره استحقاقاً، وعلى هذا، فإن أقرّ بعد ذلك لمعيّن قبل، وانصرفت الخصومه إلى ذلك المعين، وإلا فيقيم المدعى البينه عليه أو يحلّفه» (۱).

قلت: ولا يخفى ما فيه، لأن قوله: « ليس لى» يزيل ملكيته يقيناً لأنه إقرار، وهـذا الإقرار يسـقط يده عن كونها أماره للملكيه، نعم، لا ملازمه بين إزاله الملكيه للمال وإزاله الملكيه لليد، فتكون يده مثل يد الوكيل والأمين والمستعير

۱- ۱) مسالك الأفهام ۱۴: ۹۶.

والمستأجر، لأن إقراره يزيل الملكيه للعين ولا يفيد كون يده عدوانيه، بل تبقى على حجيتها، وعلى ما ذكرنا تنصرف الدعوى عنه، إذ لو أراد الحلف حينئذ كان فى ملك غيره، وأما بناءاً على ما ذكره من عدم صدور ما يزيل الملكيه منه فيجوز المرافعه معه، وعلى ما ذكرنا - من عدم الملازمه المذكوره - يترتب الأثر على إقراره فيما لو أقرّ بعد ذلك لشخص معيّن.

قال: « والوجه الثانى: إنها تنصرف عنه بذلك، ولأنها تبرء من المدّعى عليه، وينتزع الحاكم المال من يده، فإن أقام المدّعى بينه على الإستحقاق فذاك وإلا حفظه إلى أن يظهر مالكه» (۱).

قلت: وهذا صحيح فى صوره تماميه الملازمه المذكوره، مع احتمال كون يده عليها مشروعه، فيأخذها الحاكم بعنوان النهى عن المنكر. .

فظهر أن الصحيح هو إبقاء العين فى يد المدّعى عليه، فإن قلنا بأن إقامه البينه لا تتوقف على تمكن المدّعى عليه من اليمين، سمعت ويعطاها، وإلا أُبقيت فى يده. . وإن قال: « هى لقطه» فله أن يدفعها إلى الحاكم، لأنه مال مجهول مالكه فيرجع إليه، وله أن يقوم فيها بما يجب عليه من أحكام اللقطه.

ثم ذكر فى (المسالک) : إنه « إنْ أضافه إلى معلوم، فالمضاف إليه ضربان: أحدهما: أن يمتنع مخاصمته وتحليفه. . . والثانى: من لا ـ يمتنع مخاصمته ولا ـ تحليفه، كما إذا أضافه إلى شخص معين، فهو إما حاضر وإما غائب، فإن كان حاضراً روجع، فإن صدّق المدّعى انصرفت الخصومه إليه، وإن كذّبه ففيه أوجه. . . وإن أضاف إلى غائب انصرفت عنه الخصومه أيضاً. . .» .

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۹۷.

وسيأتى التعرّض لكلّ ذلك. . .

ثم قال: « وحيث ينصرف الخصومه عنه وطلب المدعى إحلافه أنه لا يعلم أن العين له، ففى إجابته قولان مبنيان على أنه لو أقرّ له بعدما أقرّ لغيره هل يغرم القيمه؟ فيه قولان مذكوران فى محلّه. فإن قلنا: نعم، وهو الأظهر، فله إحلافه، فلعلّه يقرّ فيغرمه القيمه. وإن قلنا: لا، وهو أحد قولى الشيخ، فإن قلنا: النكول وردّ اليمين كالإقرار، لم يحلفه، لأنه وإن أقرّ ونكل وحلف المدعى لا يستفيد شيئاً، وإن قلنا كالبيّنه، فله التحليف، لأنه قد ينكل فيحلف المدّعى، فإذا حلف وكانت العين تالفه أخذ القيمه» (١).

وأشكل عليه فى (الجواهر) بقوله: « وفيه - بعد الإغماض عمّا فى تقييده بتلف العين - أن غايه ذلك كون اليمين المردوده كالبينه على إقراره مع علمه بكونه للمدّعى، والفرض عدم اقتضاء ذلك الغرم لو أقرّ به هو، وليس هو بينه على كون المال له، ضروره كون الدعوى علمه بالحال فيه تكون كالبينه على ذلك، ولا تزيد على الإقرار المفروض عدم الغرم به كما هو واضح. ولذا حكى عن الشيخ إطلاق عدم توجّه اليمين على التقدير المزبور، فتأمل» (٢).

قلت: وجه التأمّل هو احتمال كون إطلاق الشيخ من جهه أنه لا يرى كون النكول وردّ اليمين كالإقرار بل كالبينه. وكيف كان، فعلى القول بعدم التحليف لا يفرق بين القول يكون النكول وردّ اليمين بمنزله الإقرار والقول بكونهما بمنزله البينه.

١- ١) مسالك الأفهام ١٤: ٩٧ - ٩٨.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٤٤٦.

حكم ما لو أنكر المقرّ له الملكيه للشى:

قال: المحقق قدّس سرّه: « ولو أنكر المقرّ له حفظها الحاكم، لأنها خرجت عن ملك المقرّ و لم تدخل فى ملك المقرّ له، ولو أقام المدّعى بينه قضى له» (۱).

أقول: وحاصل ذلک سقوط يد المدّعى عليه المقر مطلقاً، أى، فلا تكون أماره على الملك ولا تكون كاليد الأمانيه مثلاً، فكأنها يد عدوانيه فينتزعها الحاكم منه ويحفظها. وهذا أحد الوجوه الثلاثه التى ذكرها الشهيد الثانى فى (المسالک) فى هذه المسأله.

والثانى: وهو المنقول عن (التحرير) : إنها تترک فى يد المدّعى عليه المقرّ، إذ لا منازع له إلى قيام حجه، لأنه أقر للثالث وبطل إقراره فكأنه لم يقر (۲).

قال فى (الجواهر) : وفيه: إن بطلانه بالنسبه إلى تملک المقرّ له، لا بالنسبه إلى نفيها عنه، كما هو واضح (۳).

والثالث: وهو المنقول عن (القواعد) (۴): إنها تسلّم إلى المدّعى، لخروجها عن ملک المقرّ له بإنكاره ولا منازع فيها للمدّعى.

قلت: وهذا هو الأقرب.

وأما قول صاحب (الجواهر) : « وهو بعيد لكونها فى يد» . ففيه: إنه أىّ يد يريد، أما يد المقرّ فقد زالت بإقراره، وأما يد المقرّ له، فمنتفيه بإنكاره، وأما يد

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۲.

۲- ۲) تحرير الأحكام ۵: ۱۶۱/۶۴۹۱. وعنه كشف اللثام ۱۰: ۲۴۲.

۳- ۳) جواهر الكلام ۴۰: ۴۴۷.

۴- ۴) قواعد الأحكام ۳: ۴۸۶.

الحاكم فهى لأجل حفظها حتى يظهر صاحبها وقد ظهر، فيدفعها إلى المدّعى ولا حاجه إلى البينه ولا اليمين، كما فى (القواعد)
.

ولو رجع المقرّ له عن إنكاره وصدّق المقر فى كون الشى له، فعن (التذكره) أن له الأخذ، عملًا بإقرار المقر السالم عن إنكاره، لزوال حكمه بالتصديق الطارى، فتعارضا وبقى الإقرار سالماً عن المعارض (۱).

لكن فى (الجواهر) منع زوال حكم الإنكار بالتصديق، فلا أثر للتصديق الطارى، وحينئذ، يحكم بأحد الوجوه الثلاثه المذكوره، وقد عرفت المختار منها، قال: ومن هنا لو رجع ذو اليد فقال: غلطت بل هو لى، لم يقبل منه.

لو كان المقرّ له غائباً

هذا كلّه، فيما إذا كان المقرّ له حاضراً. قال فى (الجواهر) ثم الحكم فى المقرّ له الغائب كالحكم فى الحاضر، بالنسبه إلى تصديقه وتكذيبه، وللمدّعى إقامه البينه وأخذه قبل معرفه حاله، ولكن هو من الحكم على الغائب، فينبغى مراعاه شروطه السابقه، كما له أيضاً إحلافه على عدم العلم، نحو ما سمعته فى الحاضر (۲)، أى بناء على أن للمدّعى حق التحليف عليه، كما عليه المشهور وأحد قولى الشيخ.

فإن نكل عن اليمين على نفى العلم، فإن لم يقرّ ولم يردّ اليمين أُحلف المدّعى، فإن حلف فهل ينتزع العين ويغرم؟ قال فى (القواعد) : الأقرب الثانى (۳).

فيكون نظير ما إذا أقرّ بكون العين لزيد ودفعت إليه ثم أقرّ بكونها لعمرو

۱- ۱) تذكره الفقهاء ۲: ۱۴۹ (حجرى) .

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۰: ۴۴۷.

۳- ۳) قواعد الأحكام ۳: ۴۸۶.

فيغرم له بـدل الحيلوله، ولاـ يبعـد أن يكون الحكم كـذلك إن أثبت المـدّعى الحق بالبينه، ولو استرجع العين من الغائب ودفعها إلى المدّعى وجب عليه - أي على المدّعى - ردّ المال الذى أخذه بدل الحيلوله.

وحيث يـدّعى كونهـا لغائب، فإن ادّعى استيجاره العين منه مثلًا، فالحكم قبول قوله، نظير قول ذى اليـد، فإن أثبت المـدّعى كون المال ملكه، فقد ظهر بطلان الإجاره، وإن لم يتمكن من ذلك اُحلف المدّعى عليه على الإجاره واُبقيت العين بيده.

ولو أقام البينه على الإجاره، فبناء على سماعها منه، هل تقدّم بيّنته على بينه المدعى باعتضادها باليد أولا؟

فى القواعد: إشكال (١).

قلت: لا إشـكال فى أن بينه المـدّعى من بينه الخارج، فيحتمل أن تكون بينه الآخر من بينه الخارج أيضاً، لكونه مقرّاً بعـدم كونها له، فيتساقطـان، ويحتمـل أن يكون نفسه ذا يـد لكونهـا بيـده الآـن فتكون من بينه الـداخل، فعلى القول بتقـدم بينه الخارج فالأمر واضح، وعلى القول بتقدم بينه ذى اليد - لحجيتها وتأيدها باليد - قدّمت، وهذا وجه توقف العلامه.

لكن فى (الجواهر) : الأقرب أنهما معا خارجان (٢).

قلت: لكن جعل بينه من له الانتفاع بما فى يده من بينه الخارج، بعيد جدّاً.

وإن لم يكن مدّعياً للإجاره مثلًا، فهل له إقامه البينه كذلك أو لا، لكونه

١- ١) قواعد الأحكام ٣: ۴٨۶.

٢- ٢) جواهر الكلام ۴٠: ۴٨٨.

أجنبياً؟ قال العلامه: يمكن أن يكون طرفاً للخصومه بدعوى المدعى عليه العلم بكونها له، فيحلّفه على نفى العلم، فله أن يقيم البينه حتى يدفع عن نفسه وجوب اليمين، وإن كانت البينه تشهد بكون ملك العين للمقرّ له. . .

واختار فى (الجواهر) عدم الجواز، فإنه إذا ثبت بالبينه كون العين للمقرّ له، فلا مجال لليمين على نفى العلم، وأيضاً: لما كان ملك المقرّ له ثابتاً بالبينه، فلا أثر للإقرار فى إثباته حتى يدّعى عليه المدعى الإتلاف بالإقرار.

قلت: لكن الصحيح ما ذهب إليه العلامه، لأنه - بناء على حجيه بينه الداخل - إن لم يكن عنده بينه كان عليه اليمين على نفى العلم، وإن كان له بينه جاز له إقامتها على إثبات ملك المقرّ له لتؤثر فى سقوط اليمين عنه، اللهم إلا أن لا يكون هذا الأثر مجوّزاً له لإقامه البينه على ملك المقرّ له، إذ لا معنى لأن يقيم أحد بينه على ملك غيره.

نعم، يبقى الإشكال فى أنه لا ملازمه بين ثبوت ملك الآخر وعدم علم المقر، بل يجوز للمدّعى دعوى العلم عليه حتى بعد قيام البينه وإعطاء العين للمقرّ له، فيحلفه على نفى العلم، ويكون أثره أنه إذا امتنع عن اليمين غرم.

لو كان المقرّ له ممن يمتنع مخاصمته

ولو أقرّ المدّعى عليه بكون العين لمن يمتنع مخاصمته وتحليفه، كما إذا قال هى وقف على مسجد كذا، أو هى ملك لطفل صغير، فهل يكون طرف الخصومه ولى الصغير أو متولّى الموقوفه؟

إن كان للمدّعى بينه أقامها وحكم له، وإلا فلا يحلف الولى والمتولّى، إذ لا أثر ليمينهما، إذن، لا يغنى فى هذا الفرع إلا البيّنه، وأما اليمين على نفى العلم، فالحكم

كما تقدم، فإن حلف فهو وإلا غرم، وكيف كان، فإن الخصومه تندفع عن المدّعى عليه.

وفى (المسالك) : « وإذا قضى له الحاكم بالبينه وكان الإقرار لطفل، كتب الحاكم صوره الحال فى السجل ليكون الطفل على حجته إذا بلغ» (١).

لكن فى (الجواهر) : « قلت قد يقال: بعدم الحجه له، لوجود وليه القائم مقامه الذى هو أولى من الوكيل. فتأمل» (٢).

قلت: وجه التأمل: إن الوكيل عمله عمل الموّكل، أى إن الموكّل يقيمه مقامه وينزّل عمله منزله عمل نفسه، فإذا قضى على وكيله قبل، وليس عمل الولى عمل الصغير، بل قيام الولى بالامور المتعلقه بالصغير حكم إلَهى، كما جعل الولايه للحاكم بالنسبه إلى الغائب، حيث يحكم عليه بعد تماميه مقدماته، ويكون الغائب على حجته إذا حضر، فالصغير مثله، فهو على حجته إذا بلغ.

هنا كلّه إذا أقرّ بالعين لمعيّن بمختلف صوره.

لو كان المقرّ له مجهولاً

قال المحقق: « أما لو أقرّ المدّعى عليه بها لمجهول، لم تندفع الخصومه واُلزم البيان» (٣).

أقول: لو أقرّ بها لمجهول أخذ الحاكم العين من المقرّ من باب الولايه، فإن كان للمدّعى بينه أعطاها إياه، وإلا بقيت فى يد الحاكم، وهل يلزم البيان؟ قال به

١- ١) مسالك الأفهام ١۴: ٩٧.

٢- ٢) جواهر الكلام ۴٠: ۴٣۵.

٣- ٣) شرائع الإسلام ۴: ١١٢.

المحقق، وفی (الجواهر) : لا، لأنه ینافی الإقرار الأول، قلت: إلا إذا عیّن المقرّ له فی المره الثانیه، مـدّعیاً النسـیان فی المره الاولی (۱).

ولو قال المـدعی للعین: هی وقف علیّ وأقرّ بها من هی فی یده لآخر وصدّقه الآخر، فقد عرفت انصـراف الخصومه عمّن هی فی یـده إلی المقرّ له، لکن هل للمدّعی إحلاف من کانت بیده علی نفی العلم؟ فی (المسالک) وجهان. « من حیث أن المدّعی قد اعترف بالوقف والوقف لا یعتاض عنه، ومن أنه مضمون بالقیمه عند الإتلاف، والحیلوله فی الحال کالإتلاف، وهذا أقوی» (۲).

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۴۴۸.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۴: ۹۹.

المسأله الرابعه: (لو وقع الإختلاف فی العقد الواقع)

قال المحقق قدّس سرّه: « إذا ادّعى أنه آجره الدابه، وادّعى آخر أنه أودعه إياها، تحقق التعارض مع قيام البينتين بالدعويين، وعمل بالقرعه مع تساوى البينتين فى عدم الترجيح» (۱).

أقول: إنه وإن كان النزاع بين الرجلين حول العقد فى الظاهر، فيدّعى هذا بأنه قد آجره الدابه، ويدّعى ذاك بأنه أودعه مثلاً إياها، لكن النزاع فى الحقيقه هو فى الملك، للثمره الواضح ترتّبها من هذه الناحيه على دعوى كلّ واحد منهما، وبالنظر إلى ذلك ذكر المحقق قدّس سرّه هذه المسأله فى مسائل الإختلاف فى الأملاک (۲).

وما ذكره المحقق قدّس سرّه هو أحد الصور الأربع المتصوره فى هذه المسأله.

والصوره الثانيه: أن تكون العين بيد شخص وهو يقرّ بأنها ليست ملكاً له، غير أنه ينازع المالك فيقول قد آجرنى إيّاها، ويقول المالک: قد أودعته إيّاها، أو يدعى المالک الإجاره وذو اليد العاريه. . . فإن كانت مستأجره ملك الشخص منفعتها فى المدّه المعيّنه دون ما إذا كانت وديعه، لكن يترتب على كونها مستأجره

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۲.

۲- ۲) فيه إشاره الى جواب اعتراض صاحب المسالک قدّس سرّه.

لزوم دفع بدل الإيجار إلى المالك. . . وهذه الصوره من الإختلاف فى العقود وإن كان لهذا النزاع ثمره ماليّه.

والصوره الثالثه: أن يتنازع اثنان حول عين يقرّان بكونها لثالث، فيقول أحدهما: قد آجرنى إيّاها ويقول الآخر: قد استودعنى إيّاها.

والصوره الرابعه: أن يتنازعا، فيقول أحدهما: إنها لزيد وقد آجرنى إيّاها، ويقول الآخر: إنها لعمرو قد استودعنى إيّاها.

فالحكم فى الصوره الأولى التى ذكرها المحقق قدّس سرّه هو ما ذكره من أنه إن كان لأحدهما بيّنه حكم له، وإن أقاماها معاً، فإن ترجّحت احداهما على الاخرى بسبب من أسباب الترجيح - على ما تقدّم من الكلام عليها - حكم لها وإلا فالقرعه، فمن خرج اسمه حلف وأخذ، وإن نكل حلف الآخر، فإن نكلا فالحكم هر التنصيف للعين إن كانت قابله له، وإلا فهما شريكان فيها على النصف.

وفى الصوره الثانيه يتحقق التداعى بين المالك والمتصرّف، فإن كان لأحدهما بيّنه حكم له، وإن كانت لكليهما، فإن ترجّحت إحداهما على الأخرى فهو وإلا تعارضتا وتساقطتا، وحينئذ تقسم منفعه العين بينهما نصفين، ويقسّم مال الإجاره بينهما كذلك.

وربما يجعل المالك فى هذه الصوره ذا اليد وبينه المتصرف خارجاً، فيبتنى الأمر على حجّيه بيّنه الداخل، فعلى القول بها تقدّم بينه ذى اليد - المالك - وعلى القول الآخر تقدم بينه المتصرف، فلا تكون الصوره من قبيل التداعى حتى ينتهى الأمر إلى القرعه، وقد يحتمل كون المتصرف ذا يد لكونها بيده الآن، ويبتنى الأمر على تقديم بينه الداخل والخارج كذلك.

وهكذا يكون طريق فصل الخصومه فى الصورتين الباقيتين، لأنهما من مصاديق التداعى كذلك.

ص:٦٨٧

المسأله الخامسه: (لو كان شیء فی ید إنسان وادّعی أحد كونه له سابقاً وأقام بیّنه)

قال المحقق قدّس سرّه: « لو ادّعی داراً فی ید إنسان وأقام بینه أنها كانت فی یده أمس أو منذ شهر، قیل: لا تسمع هذه البینه. وكذا لو شهدت له بالملك أمس. لأن ظاهر الید الآن الملك، فلا تدفع بالمحتمل.

وفیه إشكال، ولعل الأقرب القبول» (۱).

أقول: لو ادّعی داراً - مثلًا - فی ید إنسان وأقام المدّعی بینه أنها كانت فی یده أمس أو منذ شهر، أو كانت فی ملكه أمس مثلًا، فهل تسمع البینه؟ قولان، وقد استدل للعدم بوجهین:

الأول: إن الید أماره علی الملكیه الفعلیه لصاحبها، وبینه المدّعی تشهد بالید والملك السابقین، ولا ریب فی تقدّم الأماره الفعلیه علی الأماره القائمه علی الملكیه السابقه. وبعباره أخری: الید الفعلیه المشاهده بالعیان - حیث نری العین فی هذه الید - ظاهره فی الملكیه الفعلیه لصاحبها، ومقتضی الید السابقه هو احتمال الفعلیه لصاحبها، ولا یدفع الظهور المذكور بالمحتمل.

وأُجیب: بأن الید الفعلیه وإن كانت دلیل الملك الفعلی، لكن الید السابقه المستصحبه والملك السابق المستصحب أولی، لمشاركه تلك الید لهذه فی الدلاله

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۲.

على الملكيه الفعليه، وانفرادهما بالزمن السابق بلا معارض، فيكونان أرجح من هذه اليد، إلا أن تقوم الحجه الشرعيه على انتقال العين إليه بطريق شرعى، نظير ما إذا أقرّ بكون الشى الذى بيده ملكاً لزيد أمس وادّعى كونه له اليوم، فإنه يجب عليه إقامه الحجّه الشرعيه على انتقاله إليه من زيد بطريق شرعى صحيح، وكذا لو أقرّ بكونه مديناً لزيد بكذا من المال ثم ادّعى أداء الدين مثلاً، كان عليه إقامه الحجّه على الأداء.

وفى المقام يكون حكم بينه المدّعى حكم إقرار المدّعى عليه، فيجب على ذى اليد المدّعى عليه إثبات شرعيه يده على العين، وإلا تقدّمت بينه المدّعى - بضميمه الإستصحاب - على يده، فليس المورد من مقابله المحتمل للمقطوع حتى يقال بأنه لا يدفع المقطوع بالمحتمل.

والثانى: إنه إن كان مدّعاه هو الملكيه أو اليد بالأمس فلا تسمع، وإن كان الملكيّه أو اليد اليوم، فإن شهاده بينته غير مطابقه لدعواه، لأنها تشهد باليد والملك أمس، والبينه غير المطابقه للمدّعى غير مسموعه.

وأُجيب: بأن الحكم باستصحاب اليد والملك السابقين إلى اليوم، يوجب المطابقه بين الدعوى والشهاده، فإن هذه الشهاده - بضميمه عدم العلم بالناقل الشرعى - شهاده بالملكيه الفعليّه وهى مسموعه.

وبالجمله: إن كانت الشهاده بملكيه أمس شهاده بملكيه اليوم فهو، وإلا، فإن الإستصحاب الموجود يفيد بقاء مدلول الشهاده، وحينئذ، يقع البحث فى تقدّم هذا الإستصحاب على اليد أو معارضته لها، لأنه أصل وهى أماره.

وقد يخدش فى اليقين السابق فيختلّ الإستصحاب، بأن يقال - كما عن

(كشف اللثام) (۱). بأن البينه ليست كاشفه عن الواقع كالإقرار، فليس مفادها هنا الملكيه الواقعيه حتى تستصحب إلى اليوم.

لكنه كما ترى، لأن البينه حجه شرعيه، إذا أُقيمت بشرائطها اُلغى احتمال الخلاف وأفادت ما يفيد اليقين، فالحاله السابقه للإستصحاب متحققه، كما لا يلتفت إلى احتمال عدم كون اليد السابقه يد ملك لو شهدت البينه بكون العين بيد المدّعى أمس.

فظهر أن محطّ الكلام هو الخلاف فى تقدّم الإستصحاب على اليد وعدمه، والمختار هو الأول، وبيان ذلك: إنه وإن كانت اليد مقدّمه على الإستصحاب فى موارد كثيره، ولكن لا يوجد عندنا إطلاق يقتضى تقدّمها عليه على كلّ حال، بل إن اليد الفعليه المسبوقه بالاخرى المستصحبه - أو المسبوقه بالملك المستصحب - يد ضعيفه عند العقلاء، لا تصلح لمقاومه هذا الإستصحاب فضلًا عن التقدّم عليه، ولذا يفرّق العقلاء بين الدّعوى على ذى اليد وبين الدّعوى على يد مسبوقه بيد اخرى، ففى الصوره الثانيه يسقطون اليد عن الإعتبار، ولا أقل من أنهم يطالبون صاحبها بإقامه الحجه على انتقال العين إليه بطريق شرعى صحيح.

وبتقريب آخر: إن اللّازم الشرعى للملكيه السابقه التى أثبتها البينه: بقاء تلك الملكيه حتى يعلم المزيل الشرعى له والناقل الشرعى للعين، فإذا شهدت البينه بملكيه أمس، كان لازمها الملكيه الفعليه لولا الإنتقال، وقد عرفت أن

۱- ۱) انظر كشف اللثام فى شرح قواعد الأحكام ۱۰: ۲۶۱.

الإستصحاب ينفى الناقل، فتكون بينه المدّعى مسموعه ومتقدّمه على يد المتصرف.

هـذا، وفى (المسـتند) : « لو تعـارضت اليـد الحـاليّه مع الملكيه السـابقه أو اليـد السابقه، ففى تقـدّم الحاليّه أو السابقه قولان، كلّ منهمـا عن الشـيخ فى كـلّ من المبسوط والخلاف، وتبعه على الأول جمـاعه ولعلّهم الأكثرون، ومنهم من المتـأخرين: الكفـايه والمفاتيح وشـرحه وبعض فضـلائنا المعاصرين. وعلى الثانى الشرائع، ويظهر من الإرشاد الميل إليه. ويظهر من التحرير وجه ثالث وهو التساوى» .

ثم أورد أدلّه الأقوال، ثم قال:

« والتحقيق: إن اقتضاء اليـد للملكيه يعارض استصـحاب الملكيّه، فلا يبقى لشـى منهما حكم، ولكن أصل اليـد لا يعارضه شـىء، وهو باق بالمشاهـده والعيان، والأصل عـدم التسـلّط على انتزاع العين من يـده ولا على منعه من التصـرفات التى كان له فيها حتى بيعها وإجارتها، إذ غايه الأمر عـدم دليل لنا على ملكيته، ولكن لا دليل على عـدم ملكيته أيضاً، وأصاله عدم الملكيه بالنسـبه إليه وإلى غيره سواءمع ثبوت أصل الملكيه، فلا يجرى فيه ذلك الأصل أيضاً، مضافاً إلى إمكان حصول هذه التصرّفات كلًا أو بعضاً بالتوكيل والإجاره والولايه والإذن وغيرها، فيبقى أصاله عدم التسـلّط وأصاله جواز تصـرفاته خاليه عن المعارض، وإلى هذا يشير كلاـم من قـال: إن احتمـال كون اليـد الثـانيه بالعـاريه أو غيرها لا يلتفت إليه مع بقاء اليـد على حالها، فإن المقصود الأصـلى من إعمال اليد هو إبقاء تسـلّطها على ما فيها، وعدم جواز منعها من التصرفات كيف شاء بسبب احتمال الغصب أو العاريه أو غيرهما، فيحكم عليها بما يحكم على ملك الملاك، وليس هذا معنى الحكم بأنه ملك» إنتهى كلامه رفع مقامه (١).

١- ١) مستند الشيعه ١٧: ۴١٣ وما بعدها.

فإن قيل: كما أن الملكيه أو اليد السابقه يقتضى استصحاب الملكيه، كذلك يقتضى استصحاب تسلّط المالك الأول والحاكم على منع ذى اليد عن التصرفات أيضاً. وبه يندفع أصاله عدم التسلّط.

قلنا: ليس تسلط الأول كالملكيّه التى إذا حدثت يحكم لها بالإستمرار حتى يثبت المزيل، بل هو مما يمكن تقييده بقيد، والمعلوم من التسلّط الأوّلى هو تسلّطه مادام يحكم له بالملكيه ويعلم له الملكيه، فالمعلوم ثبوته أوّلاً ليس إلا ذلك المقيّد، فبعد انتفاء الحكم بالملكيه والعلم بها، ينتفى القيد ويتغيّر الموضوع.

ثم إنه كما أن نفس اليد المشاهده الحاليّه ومقتضياتها - سوى الملكيه - لا معارض لها، فكذلك أيضاً كون البينه على غير ذى اليد وكون من يدّعيه مطالباً بالبينه وذى اليد باليمين، إذا لم يخرج خارج اليد عن صدق المدّعى عرفاً ولا صاحبها عن المنكر كذلك، فيدلّ على كون وظيفه الأول البينه والثانى اليمين قولهم: « البينه على المدّعى واليمين على من أنكر» ، ورواية فدك المتقدمه.

فيكون البينه على المالك السابق واليمين على ذى اليد، ولا يمنع ذو اليد من شىء من التصرّفات، وليس المطلوب من ترجيح اليد الحاليه غير ذلك أيضاً.

مع أنه يمكن جعل هذين الأمرين دليلاً برأسه على الملكيه أيضاً بالإجماع المركب، ويسقط به الاستصحاب بالمرّه، لعدم صلاحيّته لمعارضه الدليل مطلقاً» .

وقد أورد السيد فى (العروه) محصّل هذا الكلام واعترض عليه بوجوه:

الأوّل: إنه فى بيان المعارضه عبّر بقوله: إن اقتضاء اليد للملكيه يعارض استصحاب الملكيه.

مع أن المعارضه بين نفس اليد والإستصحاب، لكن من حيث حكمهما، لا بين حكم اليد ونفس الإستصحاب، فلا وجه للتعبير المذكور.

والثانی: إنه إذا سقط حکم الید فتکون کالعدم وحال ذیها وغیره سواء، فلو أراد المدّعی أن یتصرف فیها لا یجوز لذی الید منعه، لأن الأصل عدم تسلّطه علی ذلک.

قلت: فیکون الحاصل أنه لیس لکلّ منهما منع الآخر من التصرّف، فتکون العین کالمباحات التی من سبق إلی شیء منها کان له، نعم، لیس لثالث أخذها، ولهما منعه من ذلک.

والثالث: بعد عدم الحکم للید وعدم کونها دلیلاً علی الملکیه، کیف یجوز للغیر أن یشتری منه أو یستأجر أو یقبل منه ونحو ذلک من التصرّفات الموقوفه علی الملک، مع أنه لیس وکیلاً ـ ولا ـ ولیّاً ولا مأذوناً من قبل المالک؟ لأن المفروض أنه یدّعی الملکیّه لا الوکاله أو الولایه أو نحوهما، فلا ینفع جواز هذه التصرّفات من هذه الأشخاص فی جوازها له ولمن یشتری منه مثلاً.

والرابع: ما ذکره من أن تسلّط المالک السابق علی منع الغیر مقیّد ببقاء الید، ممنوع، بل هو کالملکیه فی عدم التقید باستمرار الید.

والخامس: لا نسلّم صدق المنکر علیه بعد سقوط حکم یده (۱). . .

قلت: لیس الشرط فی صدق « المدّعی» عدم المعارض عند العرف، فالمدّعی عندهم من لو ترک ترک، وهذا صادق علی صاحب البیّنه هنا، و « المنکر» صادق علی ذی الید.

وقال العلّامه فی (القواعد) فی هذه المسأله: « ولو شهد أنه کان فی ید المدّعی بالأمس قبل، وجعل المدّعی صاحب ید. وقیل: لا یقبل، لأن ظاهر الید الآن

۱- ۱) العروه الوثقی ۳: ۱۴۶ - ۱۴۷.

الملک فلا یدفع بالمحتمل» (۱).

أی: إن الید لها ظهور فی الملک الفعلی، لکن لا کلّ ید بل الید غیر المسبوقه بالعدوانیه مثلًا، وذلک، لأن حجیه الید - کما ذکرنا - مستنده إلی بناء العقلاء مع إمضاء الشارع، وتشهد بذلک روایه حفص بن غیاث (۲)، والعقلاء لا یعاملون الید التی هذه حالها معامله المالک الفعلی، بل یقدّمون استصحاب الحاله السابقه ویحکّمونها علی هذه الید إلی أن یثبت الناقل الشرعی.

فتلک عباره (القواعد) فی المسأله، وقد قال سابقاً: « ولو شهدت البینه بأن الملک له بالأمس ولم تتعرض للحال، لم تسمع، إلّاأن تقول: وهو ملکه فی الحال أو لا نعلم له مزیلًا، ولو قال: أعتقد أنه ملکه بالإستصحاب ففی قبوله إشکال، أما لو شهد بأنه أقرّ له بالأمس ثبت الإقرار واستصحب موجبه، وإن لم یتعرّض الشاهد للملک الحالی. ولو قال المدّعی علیه: کان ملکک بالأمس انتزع من یده فیستصحب، بخلاف الشاهد فإنه عن تخمین، وکذا یسمع من الشاهد لو قال: هو ملکه بالأمس اشتراه من المدّعی علیه، أو أقرّ له المدّعی علیه بالأمس، لأنه استند إلی تحقیق» (۳).

۱- ۱) قواعد الأحکام ۳: ۴۹۰.
۲- ۲) عن أبی عبد اللّه علیه السلام « قال له رجل: إذا رأیت شیئاً فی یدی رجل یجوز لی أن أشهد أنه له؟ قال: نعم. قال: الرجل: أشهد أنه فی یده ولا أشهد أنه له فلعلّه لغیره. فقال أبو عبد اللّه علیه السلام: أفیحلّ الشراء منه؟ قال نعم، فقال أبو عبد اللّه علیه السلام: فلعلّه لغیره، فمن أین جاز لک أن تشتریه ویصیر ملکاً لک ثم تقول بعد الملک: هو لی وتحلف علیه ولا یجوز أن تنسبه إلی من صار ملکه من قبله إلیک؟ ثم قال أبو عبد اللّه علیه السلام، لو لم یجز هذا لم یقم للمسلمین سوق» وسائل الشیعه ۲۷: ۲۹۲/۲. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۲۵.
۳- ۳) قواعد الأحکام ۳: ۴۹۰.

قلت: الفرق المذكور بين البينه والإقرار لا ريب فيه، ولكن لا أثر له بالنسبه إلى الملكيه الفعليه، فإنه لابدّ من إجراء الإستصحاب لإثباتها، سواء كان اليقين السابق حاصلاً بالبينه التى هى عن تخمين أو بالإقرار الذى هو عن تحقيق، وإذا جرى الإستصحاب لتماميّه أركانه تقدّم على اليد من دون فرق بين البينه والإقرار.

وكذا الأمر لو علم الحاكم بكونها للمدّعى بالأمس، فاليقين السابق متحقق، فله إجراء الإستصحاب، وأخذ العين من المدّعى عليه حتى يثبت الناقل الشرعى.

ولعلّ السرّ فى اختلاف كلمات الأصحاب فى هذا المقام هو اختلافهم فى الاستظهار العرفى، لما تقدّم من أن مبنى حجيّه اليد هو السيره العقلائيه وبناء أهل العرف، والحق: إن كاشفيه اليد فى هذه الحاله التى قام الاستصحاب فى مقابلها ضعيفه عرفاً، والإستصحاب هو المحكّم، فدعوى المدّعى مسموعه.

وفى (المسالك) بعد أن ذكر القولين ومختار المحقق منهما ودليله قال:

« وقد تقدم البحث فيه، والفرق بين هذه والسابقه الموجب لإعاده البحث أن المعارضه فى هذه بين اليد المتحققه والسابقه الثابته بالبينه والملك السابق كذلك، والسابقه وقع فيها التعارض بين البينتين الدالّه احداهما على اليد فى الحال مع عدم ظهورها فى غيره، والاخرى على الملك السابق، فلا تعرّض فيها للمعارضه بين اليد السابقه والحاليه، وقد تأكّد - من إطلاقه الحكم هنا وفى السابقه تقديم الملك القديم بغير تقييد بكونه إلى الآن أو عدم المزيل - أن إضافه ذلك غير شرط، والأصح اشتراط إضافه ما يعلم منه أن الشاهد لم يتجدّد عنده علم الانتقال، لما بيّناه من عدم المنافاه بين علمه بالملك وشهادته به مع انتقاله عن المالك الآن» (١).

ص:٦٩٥

١- ١) مسالك الأفهام ١۴: ١٠١ - ١٠٢.

قلت: لیس ما ذکره وجه الفرق بین المسألتین، فهناک یتعرض کلتا البینتین للملکیه الفعلیه ویتعارضان فیتساقطان، ویکون استصحاب الملکیه السابقه جاریاً بلا معارض، وهنا الید معارضه مع الإستصحاب. فحاصل الفرق عدم المعارض للإستصحاب فی تلک المسأله، وتحقق التعارض بین الید والإستصحاب فی هذه.

وأما الإقرار، فلو أقرّ ذو الید بکون العین للمدّعی بالأمس، فإنه یطالب بإثبات شرعیّه یده الفعلیه علیها، وأما إذا اُخذت العین منه بإقراره ودفعت إلی المدّعی، ثم وجدت فی الیوم التالی - مثلاً - بیده، فلا یؤخذ بإقراره السابق، نعم، لو شک فی صحه یده الآن استصحب عدم الناقل الشرعی.

قال المحقق قدّس سرّه: « أما لو شهدت بیّنه المدّعی أن صاحب الید غصب أو استأجره، حکم بها، لأنها شهدت بالملک وسبب ید الثانی» (۱).

أقول: لو شهد الشاهدان علی أن ذا الید قد غصب العین بالأمس من زید، فإنه مع الشک فی تبدّل یده الیوم إلی ید شرعیّه، یستصحب کونها عدوانیه، فتسقط یده الفعلیه عن الإعتبار، لأن الید التی لم یثبت شرعیتها لیست أماره للملکیه.

قال: « ولو قال: غصبنی إیّاها، وقال آخر: بل أقرّ لی بها، وأقاما البینه، قضی للمغصوب منه ولم یضمن المقرّ، لأن الحیلوله لم تحصل بإقراره بل بالبینه» (۲)التی أقامها الآخر وإن کانت بزعم هذا ظالمه، والحکم فی هذه المسأله واضح، ولا خلاف فیه علی ما فی (الجواهر) (۳).

ص:۶۹۶

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴:۱۱۲.
۲- ۲) شرائع الإسلام ۴:۱۱۳.
۳- ۳) جواهر الکلام ۵۰: ۴۵۶.

الکلام فی: الإختلاف فی العقود

مقدمه:

تـاره: یکون الإختلاف فی الاجره، وذلک یکون تـاره فی أصل الاجره، کأن یقول المؤجر: آجرتک الدار بمأه دینار، فیقول المستأجر: بل بمأه درهم، وأُخری فی قدرها کأن یقول الموجر: آجرتک بمأه دینار فیقول المستأجر: بل بخمسین، وعلی التقدیرین: فإما أن یعدما البینه أو یجداها أو یجدها أحدهما خاصه، فهذه ست صور، وعلی جمیع التقادیر، فالإختلاف إما أن یکون بعد استیفاء المستأجر المدّه أو فی أثنائها أو ابتدائها، فتکون الصور حینئذ ثمان عشره صوره.

واخری: یکون الإختلاف فی العین المستأجره، وهو یکون تاره فی ذات العین کأن یقول الموجر: آجرتک هذه الدار، فیقول المستأجر: بل تلک الدار، واخری یکون فی العین من حیث الزیاده والنقیصه، کأن یقول الموجر: آجرتک هذه الدار إلا هذا البیت منها، فیقول المستأجر: بل الدار کلّها، وتنتهی الصّور حینئذ إلی العدد المذکور فی الاختلاف فی الاجره.

وثالثه: یکون الإختلاف فی المدّه، وهو تاره فی زمانها زیاده ونقیصه، کأن یقول المؤجر: آجرتک الدار شهراً، فیقول المستأجر: بل أربعین یوماً، واخری فی ابتدائها، کأن یقول المؤجر: آجرتک الدار من أوّل شهر شعبان، فیقول المستأجر بل من أوّل شهر رمضان. وتنتهی الصّور هنا أیضاً إلی العدد المذکور. . . إذا عرفت هذا فنقول:

حكم الإختلاف فى الاجره ولا بينه

إذا اتفقا على استيجار دار معينه شهراً معيناً واختلفا فى مقدار الاجره وقد عدما البينه، فالمشهور على أن القول قول المستأجر بيمينه، سواء كان الإختلاف بعد الاستيفاء أو فى أثنائه أو فى ابتدائه، بل عن (التذكره) (١)نسبه هذا القول إلى علمائنا.

وعن الشيخ فى (المبسوط) (٢)القول بالتحالف، وقد تبعه عليه بعض المتأخرين كما فى (الجواهر) و (المسالك) (٣).

ووجه ما ذهب إليه المشهور هو: أن المستأجر منكر للزائد الذى يدّعيه عليه الموجر، مع اتفاقهما على ثبوت ما يدّعى المستأجر، وإذ تحقق عنوان المدّعى على الموجر، والمنكر على المستأجر، دخلا فى عموم الخبر (۴)، فإن حلف المستأجر كان القول قوله وسقطت دعوى الموجر، وإن نكل حكم للموجر، على قول، وردّت اليمين على الموجر، فإن حلف أخذ وإن نكل كذلك سقطت الدعوى، على قول آخر.

ووجه ما ذهب إليه الشيخ فى (المبسوط) هو: إن المورد ليس من مصاديق المدّعى والمنكر، بل إن كلّاً منهما مدّعٍ ومدّعى عليه، لأن ذاك يدّعى وقوع العقد

ص:٧٠٠

١- ١) تذكره الفقهاء ٢: ٢٩٢ (حجرى) .

٢- ٢) المبسوط فى فقه الإماميّه ٣: ٢۶۵ - ٢۶۶.

٣- ٣) جواهر الكلام ۴٠: ۴۵٧. مسالك الأفهام ١۴: ١٠۴. كفايه الاحكام ٢: ٧٣۴. الدروس الشرعيه ٢: ١٠٧.

۴- ۴) يعنى قوله صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: البيّنه على من ادّعى واليمين على من ادّعى عليه.

على المأه وينكر وقوعه على الخمسين، وهذا يدّعى وقوعه على الخمسين وينكر وقوعه على المأه، والعقد المتشخص بالمأه غير العقد المتشخص بالخمسين، فقول كليهما موافق للأصل، فتجب اليمين على كليهما، فإذا تحالفا أو امتنعا عن اليمين انفسخ العقد، ورجع الموجر بأجره المثل (١)للمنفعه المستوفاه كلّاً - إن كان الإختلاف بعد استيفاء المدّه - أو بعضاً إن كان فى أثنائها، وإلا، كما إذا كان فى ابتدائها، فلا شىء للموجر، وقيل: بل يحكم بتنصيف الزياده، وإن حلف أحدهما وامتنع الآخر ثبتت دعواه وسقطت دعوى الآخر.

وكيف كان، فإن مختار الشيخ فى (المبسوط) هو التحالف، وقد ضعّفه فى (المسالك) : « بأن العقد لا نزاع بينهما فيه ولا فى استحقاق العين الموجره للمستأجر، ولا فى استحقاق المقدار الذى يعترف به المستأجر، وإنما النزاع فى القدر الزائد، فيرجع فيه إلى عموم الخبر.

ولو كان ما ذكروه من التوجيه موجباً للتحالف لورد فى كلّ نزاع على حق مختلف المقدار، كما لو قال: أقرضتك عشره فقال: لا بل خمسه، فإن عقد القرض المتضمّن لأحد المقدارين غير العقد المتضمن للآخر، وكما لو قال: أبرأتنى من عشره من جمله الدين الذى على، فقال: بل من خمسه، فإن الصيغه المشتمله على إسقاط احدهما غير الاخرى، وهكذا القول فى غيره. وهذا مما لا يقول به أحد.

والحق: إن التحالف إنما يرد حيث لا يتفق الخصمان على قدر ويختلفان فى الزائد عنه، كما لو قال الموجر: آجرتك الدار شهراً بدينار، فقال: بل بثوب، أو قال:

١- ١) معنى الرجوع إلى اجره المثل أنه إذا كانت أُجره المثل أكثر مما يدعيه الموجر كان على المستأجر دفعه مع إقرار الموجر بالأقل، وإذا كان أقل مما يدعيه المستأجر لم يجب عليه دفع المقدار الذى يقوله مع أنه يقرّ بأكثر مما جعل اجره المثل، والإلتزام بذلك مشكل.

آجرتک هـذه الـدار بعشره، فقال: بل تلک الـدار، ونحو ذلک، أما فی المتنازع، فالقول المشـهور من تقـدیم قول المسـتأجر هو الأصح» (۱).

قلت: ومثـل الإبـراء هو الأداء، فلو اختلفا فی المقـدار الـذی أدّاه المـدین إلی الـدائن زیاده ونقیصه، کان النزاع فی القـدر الزائـد، فیرجع فیه إلی عموم الخبر کـذلک، فملاـک الـدخول تحت عموم الخبر المشـار إلیه هو أن یکون بین المتخاصـمین اتّفـاق علی قدر ثم یختلفان فی الزائد عن ذلک المقدار، وأما إذا لم یکون اتفاق منهما علی قدر فهناک التحالف.

لکن المتّجه عنـد صـاحب (الجواهر) هو النظر إلی مصبّ الـدّعوی، فإن کان النزاع فی تشـخص العقـد الـذی هو سـبب اشـتغال الذمه، فهناک التحالف، إذ لا فرق فی مشـخصات العقد بین زیاده الثمن ونقصانه وبین غیر هذین الأمرین من المشـخصات، وإن کان النزاع بینهما فی طلب الزائد من أحدهما وإنکاره من الآخر، کان من قبیل المدّعی والمنکر.

وبعباره أخری: تاره: یکون الإختلاف فی کیفیه وقوع العقد الموجب لاشـتغال الذمه، واخری: یکون فی المقدار الذی اشتغلت به الذمه، ففی الأوّل - کما لو قال الموجر قد وقع العقد علی المأه، وقال المستأجر علی الخمسین - التحالف، وفی الثانی کما لو قال الموجر: آجرتک الدار بمأه، فقال المستأجر بل بخمسین - یکون الموجر مدّعیاً والمستأجر منکراً.

ثـم إنـه فرق بیـن النزاع فی مـال الإجـاره والنزاع فی القرض والإبـراء ونحوهمـا، ففی القرض مثلاًـ: إن أقرض المـأه فقـد أقرض الخمسین التی فی ضمن المأه، لأن

ص:۷۰۲

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۱۰۴ - ۱۰۵.

قوله: أقرضتك المأه ينحلّ إلى الدنانير بعددها، بخلاف الإجاره فلا انحلال لصيغتها بعدد الدنانير المفروضه بدلاً للإيجار، نعم، ينحلّ بنحو آخر، فيكون معنى آجرتك الدار بمأه: آجرتك نصف الدار بخمسين وربعها بخمسه وعشرين ديناراً. . . وهكذا. . . كما أن التحالف يتصوّر فى القرض لو اختلفا فى كيفيه وقوع صيغته، كما إذا قال أحدهما: وقع العقد على المأه، وقال الآخر على الخمسين، لكن نتيجه الاختلاف هو الاختلاف فى المقدار.

فإن كان مورد النظر فى الدعوى هو العقد، فالتداعى والتحالف، وإن كان مورد النظر هو المقدار الذى اشتغلت به الذمه، فالمدّعى والمنكر، وبذلك يمكن عود النزاع لفظيّاً كما اعترف به صاحب (الجواهر) .

قلت: والأولى أن نجعل العرف هو المرجع فى تشخيص الدّعوى، والظاهر كما ذكر فى (الجواهر) فى مسأله الاختلاف فى قدر الثمن - بقطع النظر عن النص الخاص الوارد هناك - إن نظر العرف فى مورد الاختلاف من حيث الزياده والنقيصه، سواء فى مال الإجاره أو العين المستأجره، إلى الأثر المالى المترتّب على النزاع، فهم يجعلون من يريد أخذ شىء من طرفه مدّعياً والآخر مدّعى عليه، وليس نظرهم إلى كيفيه صدور العقد ووقوعه، فيكون من قبيل المدّعى والمنكر.

وبعباره اخرى: إن أهل العرف يرجعون الدعاوى إلى المال وما يتعلّق به، فيجعلون من يريد جرّ المنفعه إلى نفسه مدّعياً، ومن يريد دفع الضرر عن نفسه منكراً، وأما النزاع فى كيفيه وقوع العقد فهو نزاع علمى وليس للعرف فيه مجال.

ولعلّ ما ذكرنا هو وجه التأمل فى تأييده كون كلّ منهما مدّعياً عند العرف الذى أمر به صاحب (الجواهر) ، وقد ذكرنا أنه رحمه اللّه قال بما ذكرنا فى مسأله الاختلاف فى الثمن لولا النص الخاص فيه.

وعن الشيخ فی المسأله قولان آخران:

أحدهما: ما عن موضع من (الخلاف) وهو القول بالقرعه مع اليمين (۱)، قال فی (الجواهر) : ولعلّه لإشكال الحال عليه فی أنه من التداعی أو من المدّعی والمنكر، لكن قد عرفت أن المرجع هو العرف والأمر عند أهل العرف فيه واضح. قال: ولم يتعرض الشيخ لما إذا نكلا معاً بعدها، فهل تقسم الزياده بينهما أو يوقف الحكم؟ (۲)

وجه الأوّل هو: أن ذلک مقتضی الحكم بالعدل، كما ذكرنا سابقاً فی مسأله العين التی وقع النزاع عليها وليس لأحدهما يد.

لكن فيه: إن مورد نصوص التنصيف هو العين كما عرفت هناک، ولا وجه لإسراء الحكم من العين إلی الدين، وكونه مقتضی الحكم بالعدل محلّ تأمل.

وأما توقيف الحكم، فإن كان النزاع فی ابتداء المدّه فلا بأس، وتكون النتيجه انفساخ العقد، وأما مع استيفاء المده بعضاً أو كلّاً، فلا يمكن القول به، كما هو واضح.

قال فی (الجواهر) : وقد يقال مع الاستيفاء بوجوب دفع أقل الأمرين، من أجره المثل المفروض كونها أقل مما يدّعيه الموجر، ومن المسمّی الذی يدّعيه المستأجر علی الثانی (۳).

قلت: هذا غير واضح، لأنه قد يكون المسمّی الذی يدّعيه المستأجر أكثر من اُجره المثل، فلابدّ من أن يوخذ بمقتضی إقراره.

۱- ۱) كتاب الخلاف ۶: ۳۳۷ المسأله ۱۰.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۰: ۴۵۹.

۳- ۳) جواهر الكلام ۴۰: ۴۵۹.

قال: ويحتمل القرعه بلا يمين (۱).

أقول: وجهه ما عرفت من إشكال الحال، وأما عدم اشتراط اليمين فلخلّو بعض أخبار القرعه عنه، لكن قد عرفت أنه لا إشكال فى المقام بعد الرجوع إلى العرف.

والثانى: ما عن موضع من (المبسوط) ، حيث فرّق بين وقوع النزاع قبل انقضاء المدّه وبعده، وحكم بالتحالف فى الأول وتردّد فى الثانى بين القرعه وبين تقديم قول المستأجر (۲).

قلت: ولعلّ منشأ التردّد فى الصوره الثانيه بين القرعه التى قال بها فى (الخلاف) والتى قد عرفت وجهها، وبين تقديم قول المستأجر: هو ما ذكرناه من نظر العرف، لكن قد عرفت أنه مع ملاحظه نظر العرف لا يبقى إشكال فى تقديم قول المستأجر مطلقاً.

ومما ذكرنا يظهر الحكم فى كلّ اختلاف يرجع إلى الزياده والنقيصه وتحقق فيه نظر أهل العرف. . . هذا كلّه فيما إذا عدما البينه.

حكم الاختلاف فى الاجره مع البينه

قال المحقق قدّس سرّه: « إذا اتفقا على استيجار دار معينه شهراً معيّناً واختلفا فى الاجره، وأقام كلٌّ منهما بينه بما قدره، فإن تقدم تأريخ احداهما عمل به، لأن الثانى يكون باطلاً، وإن كان التاريخ واحداً تحقق التعارض، إذ لا يمكن فى

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۴۵۹.

۲- ۲) المبسوط فى فقه الإماميه ۸: ۲۶۴.

الوقت الواحد وقوع عقدين متنافيين، وحينئذ، يقرع بينهما ويحكم لمن خرج اسمه مع يمينه.

هذا اختيار شيخنا فی المبسوط.

وقال آخر: يقضـى ببينه الموجر، لأن القول قول المسـتأجر لو لم تكن بينه، إذ هو يخالف على ما فی ذمّه المستأجر، فيكون القول قوله، ومن كان القول قوله (۱)كانت البينه فی طرف المدّعی، وحينئذ نقول: هو مدّع زياده وقد أقام البينه عليها فيجب أن تثبت.

وفی القولين تردّد» (۲).

أقول: إذا كان لكلّ واحـد من الموجر والمسـتأجر بينه بما يدّعيه، فتاره: يتقدم تاريخ احدی البينتين للعقد، واخری: يكون التاريخ واحداً.

فإن كان الأول، كأن قالت احداهما: قد وقع العقد فی شـهر رمضان، وقالت الاخری: قد وقع فی شهر شوال، عمل بالمتقدّم وبطل المتأخر، لأنه يكون عقداً علی معقود عليه من المتعاقدين كما كان، وهو باطل. . .

وإن كـان الثـانی – وهو اتّحـاد تاريخهمـا – أو كـانت البينتـان مطلقـتين، أو كـانت احـداهما مطلقه والاـخری مؤرخه، وليس فی احـداهما مرجـح من المرجحـات المـذكوره سابقـاً، تحقـق التعـارض بين القولين، إذ لاـ يمكن فی الوقت الواحـد وقوع عقـدين متنافيين، وفی هذه الصّوره قولان.

فالأوّل: هو القول بالقرعه مع اليمين، وهو للشيخ فی (المبسوط) ، فمن خرج

۱– ۱) فی متن المسالک: « ومن كان القول قوله مع عدم البينه كانت. . .» .

۲– ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۳.

اسـمه يحكم له مع يمينه، سواء كان الموجر أو المسـتأجر، للنصوص الصـريحه الدالّه على ذلك (۱)، فإن نكل الذى خرج اسـمه عن اليمين أُحلف الآـخر، فـإن حلف حكم له، وإن نكـل فـالوجوه المتقـدمه من التنصـيف أو وجوب دفع أقل الأمرين أو توقيف الحكم، مع ما عرفت من الكلام فيها.

والثـانى: هو القضـاء ببينه المؤجر، وهو لاـبن إدريس (۲)وأكثر المتأخرين، لما تقـدّم من أن قول المسـتأجر يتقـدم فى حال عـدم البينه، وحيث أن البيّنه موجوده فإنها تسـمع من الطرف الآخر وهو الموجر، والموجر يـدّعى أنه قـد آجر الـدار بمأه وقد أقام البينه بها، فيجب أن تثبت الخمسين الزائده، بناءاً على حجيه بينه الخارج

ص:۷۰۷

---

۱ – ۱) عـن عبـد الرحمـن بن أبى عبـد اللّه البصـرى عن أبى عبـد اللّه عليه السـلام قـال: كـان على عليه السـلام إذا أتـاه رجلاـن [يختصـمان] بشهود عدلهم سواء وعددهم، أقرع بينهم على أيهما تصير اليمين. ثم يجعل الحق للذى تصير عليه اليمين إذا حلف. وعن داود بن سـرحان عن أبى عبد اللّه فى شاهدين شـهدا على أمر واحد، وجاء آخران فشـهدا على غير الذى شـهدا عليه [شهد الأولاـن] واختلفوا قـال: يقرع بينهم فأيّهم قرع عليه اليمين وهو أولى بالقضاء. وعن زراره عن أبى جعفر عليه السـلام قال قلت له: رجل شـهد له رجلان بأن له عند رجل خمسين درهماً، وجاء آخران فشهدا بأن له عنده مائه درهم كلّهم شهدوا فى موقف. قال: أقرع بينهم ثم اسـتحلف الـذين أصـابهم القرع باللّه أنهم يحلفون بالحق. وعن داود بن أبى يزيـد العطار عن بعض رجاله عن أبى عبد اللّه عليه السـلام فى رجل كانت له امرأه، فجاء رجل بشهود أن هذه المرأه امرأه فلان، وجاء آخران فشهدوا أنها امرأه فلان، فاعتـدل الشـهود و عـدلوا. فقـال: يقرع بينهم فمن خرج اسـمه فهو المحق وهو أولى بها. وسائل الشـيعه ۲۷: ۲۵۲ / البـاب ۱۲ من أبـواب كيفيه الحكم / ح۸. هـذا، وللشـيخ هنـا فرع آخر هـذا نصه: « ويفارق الألف والألفين، لأن من شـهد بألف لا يعارض من شهـد بألفين لجواز الصـدق فيهما، فلهـذا لم يقع التعارض، فأثبتنا الألف بأربعه والألف الزائد بشاهدين، وليس كذلك ههنا، لأن العقد على البيت مرتين شهراً واحداً محال، فلهذا تعارضتا. . .» المبسوط ۸ / ۲۶۴.

۲– ۲) السرائر ۲: ۴۶۴.

دون الداخل، كما هو المختار.

وأما بناءاً على حجيه بينه الداخل والخارج معاً، فإنهما تتعارضان وتتساقطان، فتعود الصوره كما لو عدماها.

حكم الاختلاف فى العين المستأجره ولا بينه

قال المحقق قدّس سرّه: « ولو ادّعى استئجار دار فقال الموجر: بل آجرتک بيتاً منها، قال الشيخ: يقرع بينهما، وقيل: القول قول الموجر، والأول أشبه، لأن كلّ واحد منهما مدّع» (۱).

أقول: هذه صوره الإختلاف فى العين المستأجره، فتاره: يختلفان فى ذاتها كأن يقول الموجر: آجرتک هذه الدار فيقول المستأجر: بل تلک، فلا إشكال فى أن كلاً منهما مدّع، والحكم فيه التحالف، واخرى: يختلفان فيها زياده ونقيصه، كأن يدّعى المستأجر استئجار الدار كلّها فيقول الموجر: بل آجرتک بيتاً منها، ففى هذه الصوره قولان أو ثلاثه، فعن الشيخ قدّس سرّه: يقرع بينهما نحو ما تقدم فى المسأله السابقه، أو يتحالفان على قوله الآخر، لكن المختار هو أن الموجر هو المنكر، لأن قوله موافق للأصل، فعليه اليمين، فإن حلف ثبت قوله وإلا جاء فيه التفصيل المتقدم.

أما المحقق قدّس سرّه، فقد اختار هنا القول الأول وهو القرعه، مع تردّده فى المسأله السابقه قال: « لأن كلّ واحد منهما مدّع» .

لكن تعليله يقتضى التحالف لا القرعه.

ص:۷۰۸

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۳.

حکم الاختلاف فی العین المستأجره مع البینه

هـذا کلّه مع عـدم وجود البینه للمسـتأجر المـدّعی، فإن کان واجـداً لها وأقامها حکم له. قال المحقق قـدّس سـرّه: « ولو أقام کلّ منهما بینه تحقق التعارض مع اتفاق التاریخ» (۱)أو إطلاقها أو إطلاقهما أو إطلاق احداهما، وإذا تحقق التعارض بینهما بالتساوی عـدداً وعداله والتأریخ واحد، تساقطا وکان المرجع القرعه، هذا بناء علی حجیه بینه الداخل کالخارج، وأما بناءاً علی المختار من عدم حجیه بینه الداخل، فإن بینه المستأجر هی المسموعه، ویحکم له علی طبقها کما لو عدم الموجر البینه.

وفی (کشف اللثـام) : (ویحکم بـالقرعه مع الیمین، فـإن نکلا، فالظـاهر أن البیت لمـا اتفقـا علی إجـارته فهو فی إجارته إلی أن تمضی المدّه ویقتسمان الباقی نصفین ویسقط من الاجره بالنسبه، وکذا مع الاختلاف فی الزمان. . .» (۲).

قلت: إن أراد کاشف اللثام تقسـیم الباقی إلی نصـفین مع دفع المسـتأجر نصف مال الإجاره، ففیه: إن کلّاً من الموجر والمسـتأجر یـدّعی کون الباقی کلّه له، لأن المسـتأجر یـدّعی أنه قـد أعطی المأه مثلاً فی مقابل الدار کلّها، والموجر یدّعی أنه قد آجر البیت فقط بمأه، فیقرّ بعدم اسـتحقاقه تجاه المستأجر شیئاً، لکن نقول بکون البیت للمستأجر مع نصف الباقی، فإن استوفی منفعه النصف الآخر من الباقی کان علیه دفع ما یقابله.

فإن أراد کاشف اللثام هذا المعنی، لم یرد علیه ما أشکل به فی (الجواهر)

ص:۷۰۹

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۴.

۲- ۲) کشف اللثام ۱۰: ۲۲۴.

بقوله: « إن المتجه فی الأول ثبوت الاجره مع قسمه ما فیه النزاع بالنصف، نعم، یتّجه أَجره المثل فی الأخیر، لوقوع التصرف فیه بلا أُجره، ویمکن القول هنا بالقرعه بلا یمین، لعدم تناول دلیل التنصیف للفرض، کما سمعته فی المسأله الثانیه، بل لعلّه هنا أولی» (۱).

وفی (الدروس) : « فإن اتّحد التاریخ أُعملتا أو سقطتا أو أقرع مع الیمین» (۲).

والظاهر أن مراده من « اعملتا» أنا إن قلنا بحجیه بینه الخارج فقط، کانت بینه المستأجر هی الحجه ولا تسمع بینه الموجر لأنه الداخل، وإن قلنا بحجیه بینه الداخل سمعت بینه الموجر، وإن قلنا بحجیه کلتیهما فقد « سقطتا» بالتعارض فتعود کما لو عدماها، ویأتی فیها الوجوه المذکوره هناک، ویحتمل وجه آخر وهو القرعه مع الیمین.

هذا کلّه مع اتّحاد تاریخ البینتین. . .

قال المحقق: « ومع التفاوت یحکم للأقدم، لکن إن کان الأقدم بینه البیت، حکم بإجاره البیت بأجرته وبإجاره بقیه الدار بالنسبه من الاجره» (۳).

أقول: إنه مع التفاوت فی التاریخ، فإن کان المتقدم تأریخ بینه الدار کلّها بطلت إجاره البیت لما تقدم سابقاً، وإن کان المتقدم تاریخ بینه البیت، حکم بإجاره البیت بالاجره المسمّاه وبإجاره بقیه الدار بالنسبه من الاجره، لبطلان ما قابل البیت المفروض تقدم إجارته من تلک الدار وصحه البقیه، فلو کان مال الإجاره المتفق علیه مأه دینار، غیر أن المستأجر یدّعی أن المأه اُجره کلّ الدار والموجر یدّعی إنها

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۴۶۲.

۲- ۲) الدروس الشرعیه ۲: ۱۰۶.

۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۴.

أُجره البيت فقط المفروض كونه مساوياً لنصف أُجره الـدار، وكان المتقـدم تاريـخ بيّنه البيت، يثبت على المسـتأجر مأه وخمسون ديناراً، المأه أُجره البيت ببيّنه الموجر، والخمسون فى مقابل بقيّه الدار ببيّنه المستأجر.

قـال فى (الجـواهر) : ولاـ ينـافى ذلـك خروجه عن دعواهـا الـتى هى وقوع عقـد واحـد منهمـا، وكون العوض فيه عشره، وإنما الإختلاـف فيما تضـمّنه فى مقابله العشـره الـدار أو البيت، لأن الثابت فى الشـرع حجّيه بيّنتهما لا دعواهما، وقـد اقتضـتا ما عرفت، فينبغى العمـل به، لاحتمـال كونه الواقع وإن خرج عن دعواهمـا معـاً، كما سـمعته فى تنصـيف العين التى ادّعى كلّ منهما أنها له وهى فى أيـديهما، وتسـمعه فى غيره، بـل قـد يقـال بوجوب العمـل بكـلّ منهمـا وإن علم الحـاكم بخروج الحاصـل من مقتضـى الاجتهاد فى أعمالهما عن الواقع فضلاً عن دعواهما مع احتماله الواقع (۱).

حكم ما لو ادعى اثنان شراء دار وهى فى يد البائع

قـال المحقق قـدّس سرّه: « ولو ادّعى كلّ منهما أنه اشترى داراً معينه وأقبض الثمن وهى فى يـد البائع، قضـى بالقرعه مع تساوى البينتين عداله وعدداً وتأريخاً، وحكم لمن يخرج اسمه مع يمينه» (۲).

أقول: إذا ادّعى كـلّ منهما شـراء دار معيّنه من مالكها وإيفاء الثمن وهى بعـد فى يـد البائع، فإن كانا واجـدين للبيّنه فتاره: يتقـدم تأريخ احدى البيّنتين، وحينئذ يحكم لصاحبها ويدفع الثمن للآخر، قال كاشف اللثام: « وإن أمكن أن يكون باعها

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۴۶۳.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۴.

من الأول ثم اشتراها ثم باعها من الثانی، لحصول الجمع بین البینتین ببیعها من الثانی وإن لم یشترها لجواز بیع ملک الغیر، لکن إذا لم یجزه انفسخ واستقر علیه الثمن» واُخری: یتفقان تأریخاً، فإن کان فی احداهما شیء من المرجّحات فهو، وإن تساوتا عداله وعدداً، اُقرع بینهما وحکم لمن خرج اسمه مع یمینه، فإن نکل اُحلف الآخر، فإن نکل کذلک قسّمت الدار بینهما، ورجع کلّ منهما بنصف الثمن.

وإن عدما البیّنه فهنا صور:

الأولی: أن یکذّب المدّعی علیه - وهو صاحب الدار - کلیهما، وحینئذ، یحلف لکلّ منهما ویندفعان عنه، فإن نکل فالقولان السابقان من الحکم بالنکول أو الردّ ثم الحلف والحکم.

الثانیه: أن یصدّق أحدهما ویکذّب الآخر، فأما الذی صدّقه فتسلّم إلیه الدار، وأما الذی کذّبه فیحلف له علی الإنکار، وإن نکل فالقولان، وحیث یحکم للمدّعی یلزم صاحب الدار بدفع قیمه الدار إلیه، کما هو الحکم فیما إذا صدّق الثانی أیضاً بعد تصدیق الأول وتسلیم الدار إلیه.

وهل أن تصدیق المدّعی الأول المستتبع لدفع الدار إلیه إتلاف لمال المدّعی الثانی؟ إن کان الإقرار قبل القبض تلفاً، فإنه یکون فی مال البائع، إذ کلّ تلف قبل القبض فهو من مال البائع، وحینئذ، لا یجب علیه الحلف للمدّعی الثانی، بل بنفس التلف ینفسخ العقد، لکن الإشکال فی کون ذلک مصداقاً للتلف، من جهه أن البائع ینکر أصل البیع للثانی، فکیف یکون إقراره للأول إتلافاً؟

وأمّا ما فی (الجواهر) « وحلف للآخر (۱)إن لم نقل إن الإقرار بها قبل القبض

۱- ۱) فی الجواهر المطبوع: « وإن لم نقل» لکن الواو زائده. کذا أفاد السید الاستاذ دام ظله.

بمنزله التلف لآفه سماويه. . . نعم، لو قلنا إن الإقرار قبل القبض إتلاف كالآفه السماويه، لم يتوجّه له اليمين حينئذ، وإن كان هو كما ترى» .

ففيه: إن كلّ تلف قبل القبض فهو من مال البائع، يشمل إتلاف البائع نفسه، بل يكون حينئذ من مال البائع بالأولويّه.

وكيف كان، فعلى القول بعدم انفساخ العقد الثانى، توجّهت اليمين، وأما على القول بشمول « كلّ مبيع. . .» لإتلاف البائع، فالإنفساخ متحقق.

لكنّ الصحيح هو توجّه اليمين على البائع فى محلّ الكلام، لما ذكرنا من عدم صدق الإتلاف بالإقرار مع إنكار أصل البيع.

الثالثه: أن يصدّق كليهما معاً، فالحكم حينئذ هو تنصيف الدار مع يمينهما، إذ تكون كالعين الخارجيه التى وقع النزاع عليها وهى فى يد المتنازعين، لأنه مع إقرار البائع لهما تكون يده بمنزله يديهما، ثم إن صدّقهما فى أخذ الثمن منهما استرجع لكلّ واحد نصف ما دفع إليه.

الرابعه: أن يصدّق كلّ واحد فى النصف، فيحكم بالنصف لكلّ منهما مع حلفه له عى إنكار النصف الآخر، فإن كان مقراً بأخذ كلّ الثمن من كلّ واحد، وجب إرجاع النصف، وإلا أُحلف على إنكار أخذ الكلّ، فإن نكل وحلف المدّعى أُخذ منه.

الخامسه: أن يقول: لا أعلم لمن هى منكما، فيكون إقراراً بأنها ليست له، وحينئذ، تكون كالعين التى تنازع عليها اثنان مثلاً وليس لأحدهما عليها يد، وفيها أقوال:

أحدها: الحكم بالتنصيف، والثانى: القرعه مع اليمين، والثالث: القرعه بلا يمين لو امتنعا عنها أو حلفا معاً.

وهل يقبل قول البائع لأحدهما؟

قال المحقق قدّس سرّه: « ولا يقبل قول البائع لأحدهما ويلزمه إعاده الثمن على الآخر، لأن قبض الثمنين ممكن، فتزد حم البيّنتان فيه» (۱).

أقول: وحيث تساوت البينتان وحكم لمن خرج اسمه مع يمينه، فهل يقبل قول البائع لأحدهما؟ الظاهر: لا، إن كان بعد الحكم، لأنه حينئذ تزول يده وترتفع فلا اعتبار لإقراره.

لكن فى (كشف اللثام) : « ويحتمل القبول، فيكون المقرّ له ذا اليد، فتقدم بيّنته أو بينه الآخر على الخلاف» (۲).

وفيه - كما فى (الجواهر) - إن جزم المحقق قدّس سرّه وغيره بعدم قبول قول البائع مبنى على أن ذلك قد كان منه بعد الحكم بمقتضى القرعه وبعد انتزاع الدار من البائع بالبيّنتين، فإنهما وإن اختلفتا فى تعيين المالك، لكنهما متوافقتان على تحقق البيع لأحدهما وخروج الدار به عن ملك البائع، فلا وجه للاحتمال المزبور.

وعلى كلّ حال، يلزم البائع إعاده الثمن على المدّعى الآخر الذى لم تكن له الدار، لأن قبض البائع الثمنين من المدعيين ممكن، فتزدحم - أى تجتمع - البينتان فيه، كما اجتمعتا فى خروج الدار عن ملك البائع، بخلاف عقد البيع حيث قامت كلّ واحده منهما على وقوعه مع كلّ واحد منهما دون الآخر.

ولو نكل من خرج اسمه بالقرعه حلف الآخر، كما تقدم.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۴.

۲- ۲) كشف اللثام ۱۰: ۲۱۸.

قال المحقق: « ولو نكلا عن اليمين، قسّمت بينهما ويرجع كلّ منهما بنصف الثمن» (١).

أي: ولو نكل من أخرجته القرعه والطرف الآخر عن اليمين، قسّمت الدار بينهما على النصف، لما تقدم من أنه الحكم بالعدل، وعلى البائع إرجاع نصف كلّ من الثمنين إلى كلّ من المدعيين، وليس له إنكار الأخذ لإثبات البينتين ذلك.

وقال كاشف اللثام: « إلا إذا اعترفا أو اعترف أحدهما أو شهدت بيّنتاهما أو احداهما بقبض المبيع، فمن قبضه من بائعه باعترافه أو بشهاده بينه لم يكن له الرجوع عليه بشىء من الثمن، لثبوت استحقاقه له بالإقرار أو بالبينه، غايه الأمر إنه اغتصب منه نصف العين بعد ذلك» (٢).

وقد سبقه إلى ذلك الشهيد الثانى فى (المسالك) ، فإنه قال فى المسأله الآتيه: « وحيث قلنا بثبوت الخيار على تقدير القسمه فذلك إذا لم تتعرّض البينه لقبض المبيع ولا اعترف به المدّعى، وإلا فإذا جرى القبض استقرّ العقد وما يحدث بعده فليس على البائع عهدته» (٣).

وسبقهما إليه العلامه فى (التحرير) (۴).

واعترضه فى (الجواهر) بقوله: « وفيه: إن الإعتراف بالقبض أو ثبوته بالبينه لا ينافى الرجوع بالثمن بعد ثبوت استحقاق المبيع لغير البائع بالبينه، كما هو

ص:٧١٥

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ١١۴.

٢- ٢) كشف اللثام ١٠: ٢١٨.

٣- ٣) مسالك الأفهام ١۴: ١١١ - ١١٢.

۴- ۴) حيث قال: « ولو نكلا قسمت العين بينهما وليس لأحدهما الرجوع على بايعه بشىء إن كانا قد اعترفا بقبض السلعه من البائع لاعترافه بسقوط الضمان عن البائع» تحرير الأحكام ۵: ۶۵۵٧/٢٠١.

واضح، اللهم إلا أن يقال: إن عدم الرجوع بعد القبض لتركهما اليمين باختيارهما، ولكن ذلك غير موافق لما سمعته من التعليل، بل لا يتمّ فيما سمعته من كشف اللثام أخيراً، على أن ترك اليمين إن كان مقتضياً لذلك فلا فرق فيها بين قبل القبض وبعده» (1).

أقول: والأقرب هو الأول، فلو اشترى مالاً من بائعه وقبضه وأقبض الثمن ثم تركه أمانه عند البائع، فأقام رجل البينه لدى الحاكم على أنه قد اشترى المال منه وحكم الحاكم بدفع المال إليه، لم يكن للمشترى الأول مطالبه البائع بالمال ولا بالثمن، لأنه مال قد تلف بعد القبض فهو من مالكه لا من مال البائع. نعم، لو كانت العين باقيه عند البائع من دون إذن المشترى فهو لها ضامن، لكن بدليل: « على اليد ما أخذت حتى تؤدى» وهذا بحث آخر.

وقول صاحب (الجواهر) : « إن الإعتراف. . . لا ينافى الرجوع بالثمن بعد ثبوت استحقاق المبيع لغير البائع بالبينه» .

فيه: إنه خروج عن فرض القوم، وهو الإعتماد على إقرار المشترى، ولم ينكشف خلاف.

وقوله: « على أنّ ترك اليمين إن كان مقتضياً لذلك فلا فرق فيها بين قبل القبض وبعده» .

فيه: إن كون التلف قبل القبض من البائع وبعده من المشترى أمر لا ريب فيه، لكن كونه من مال البائع قبل القبض مشروط بعدم كون التلف حينئذ مستنداً إلى المشترى وإلا فيكون فى ماله. . . إلا أن فى صدق « الإتلاف» على النكول عن « اليمين» تأملاً.

ص:716

1- 1) جواهر الكلام 40: 465.

وهل لهما الفسخ؟

قال المحقق قدّس سرّه: « وهل لهما أن يفسخا؟ الأقرب: نعم، لتبعّض المبيع قبل قبضه» (۱).

أقول: وكيف كان، فهل لهما مع تقسيم الدار بينهما أن يفسخا البيع الذى ثبت لكلّ منهما بالبينه؟ قال المحقق: « نعم، لتبعض المبيع قبل قبضه» .

ووجه العدم: إن التبعّض جاء من قبلهما.

قلت: لكن ليس المورد من تبعّض الصفقه، لأن ذلك يكون فى العقد لا ـ القبض، فإذا وقع العقد على شيئين بصوره الاجتماع انكشف عدم كون أحدهما ملكاً للبائع، فيبطل العقد بالنسبه إليه، ويجوز للمشترى أن يفسخ المعامله بالنسبه إلى الآخر، وهذا معنى تبعّض الصفقه.

وأما إذا كان العقد صحيحاً بالنسبه إلى كلا الجزئين، فسلم أحدهما دون الآخر فلا خيار، بل يلزم البائع بتسليم الآخر.

وهنا تكون احدى المعاملتين باطله فى الواقع، لأن الذى وقع له البيع يملك الكلّ، ومن لم يقع له فلا شىء له، غير أنه لما كان الواقع مجهولاً وقد حكم الحاكم بالبينه بالتنصيف، يكون لكلّ نصف، فيكون نظير درهم الودعى. . .

فالأصحّ هو العدم، وبناء على الفسخ، فلو فسخا كانت العين للبائع ورجع كلّ واحد منهما عليه بالثمن كلّه.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۴.

حكم ما لو فسخ أحدهما دون الآخر

قال المحقق: « ولو فسخ أحدهما كان للآخر أخذ الجميع، لعدم المزاحم، وفى لزوم ذلك عليه تردّد، أقربه اللزوم» (۱).

أقول: ولو فسخ أحدهما فهنا فرعان.

الأول: إنه لو فسخ أحدهما، فهل للآخر أخذ جميع الدار أم لا؟ فيه قولان، ذهب المحقق قدّس سرّه إلى الأول، واستدل له بقوله « لعدم المزاحم» أى: لأنه كان يدّعى شراء جميع الدار من البائع وقد أقام البينه على ذلك، لكن عارضه دعوى الآخر وبيّنته، وحيث فسخ ذاك ما كان يدّعيه من العقد، فقد بقى هذا بلا مزاحم، فكان له أخذ الجميع الذى كان يدّعيه.

وقد حكى الثانى عن الشيخ قدّس سرّه، ووجهه هو: أن الحاكم قد قضى له بنصف الدار دون النصف الآخر، فلا يعود إليه.

وفيه: إن مقتضى البينه هو الجميع، لكن منعه عن أخذه المدّعى الآخر الذى ادّعى شراء الجميع كذلك، الأمر الذى سبب حكم الحاكم بالتنصيف، لكن مع فسخ الآخر يرتفع المانع فيؤثر المقتضى أثره.

وقد نسب الشهيد فى (الدروس) إلى الشيخ القول بالفرق بين كون الآخذ الأول أو الثانى حيث قال: (ولو فسخ أحدهما فلخر الجميع، وفيه أوجه ثالثها - وهو مختار الشيخ فى المبسوط -: الفرق بين كون الآخذ الأول أو الثانى، لأن القضاء للأول بالنصف إذا لم يتعقّبه فسخ يقرر ملكه عليه بحكم الحاكم فليس له نقضه

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۴.

بأخذ الجميع، ونعنى بالأول الذى فاتحه القاضى بتسليم النصف فرضى بخلاف ما إذا فسخ المفاتح فإن الثانى يأخذ الجميع قطعاً، لإيجاب بيّنته الجميع يراجع ما لم ينازع.

والأقرب أن لكلّ منهما الأخذ» (۱).

وقد ضعّف صاحب (الجواهر) قدّس سرّه هذا التفصيل كذلك. ثم قال: « توّهم أن مقتضى الفسخ الرجوع إلى البائع لا إليه بمقتضى الحكم الظاهرى، مدفوع بأن التنصيف قد كان جمعاً بين البينتين، ومع فرض الفسخ استقلت بينه الآخر بكون الجميع له بلا معارض، بل المتجه صيروره ذلك له قهراً عليه لأنه مقتضى دعواه وبينته» (۲).

الفرع الثانى: إنه مع جواز أخذ الجميع هل هو واجب؟ وجهان، من وجود المقتضى وعدم المانع كما عرفت مع انتفاء المقتضى للخيار وهو تبعض الصفقه، ومن استصحاب الخيار الثابت له قبل الفسخ، ومن هنا تردّد المحقق قدّس سرّه، لكن قال: « أقربه اللّزوم» . واستدلّ له صاحب (الجواهر) بالأصل - وهو أصاله اللزوم فى العقود - وبغيره من الأدله القائمه على لزوم العقد، وكلّ ذلك يتقدم على الاستصحاب إن تم فى المقام.

هذا، ولكن الصحيح عدم جواز أخذ الجميع، لا لما ذكره الشيخ قدّس سرّه بل لأن النصف الثانى يصير بعد الفسخ إلى ملك البائع، لا أنه يعود إلى ملكه كما كان حتى يقال بأنه مع فرض الفسخ تستقل بينه الآخر بكون الجميع له بلا معارض،

۱- ۱) الدروس الشرعيه ۲: ۱۰۵.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۰: ۴۶۶.

بل هو ملک جدید یصیر إلی البائع بالفسخ فلیس للآخر أخذ هذا النصف. وما ذکرنا نظیر ما إذا باع أحد الشریکین نصفه الواقع إلیه بحکم الحاکم إلی البائع، فإنه ملک جدید للبائع بسبب جدید، فلا یجوز للآخر أن یدّعی علیه هذا النصف أیضاً.

فإن قیل: تحقق الملک الجدید للبائع بسبب البیع واضح، ولیس الفسخ کذلک، بل أثره فی محلّ الکلام کون المعامله بالنسبه إلی هذا النصف الذی وقع الفسخ فیه کالعدم، فلخر المطالبه به بمقتضی بینته.

قلت: لا إشکال - بل الظاهر أنه لا خلاف - فی أنه یتحقق الملک للبائع بالفسخ من حینه، ولذا یکون النماء الحاصل بین العقد والفسخ للمشتری، فیکون الشیء ملکه له مره اخری بعد بیعه إیّاه.

ومن هنا وقع الکلام فی تأثیر إجازه المالک لبیع الفضولی إن کان مالکاً للمال حین الإجازه لا حین العقد، والصحیح عدم کفایه هذا التملّک فی إنفاذ البیع بالإجازه.

علی أن الفسخ من آثار التعارض، فکیف یکون نافیاً للتعارض؟

والحاصل: إنه لیس للآخر أخذ الجمیع، لأن المزاحمه قد ارتفعت بالفسخ من حینه، والتی کانت من حین العقد لم ترتفع بهذا الفسخ.

هذا کلّه إذا کانت العین فی ید البائع.

ولو کانت فی ید أحدهما فتاره: لا بینه، وحینئذ یقضی بها له وعلیه الیمین للآخر، وأُخری: یقیمان البینه، وحینئذ یحکم للخارج علی رأی وللداخل علی آخر، وقد تقدّم.

حكم ما لو ادعى اثنان شراء ثالث المبيع من كلّ منهما

قال المحقق قدّس سرّه: « ولو ادّعى اثنان أن ثالثاً اشترى من كلّ منهما هذا المبيع وأقام كلّ منهما بينه، فإن اعترف لأحدهما قضى عليه بالثمن، وكذا إن اعترف لهما قضى عليه بالثمنين، وإن أنكر وكان التاريخ مختلفاً أو مطلقاً قضى بالثمنين جميعاً لمكان الاحتمال» (۱).

أقول: هذه المسأله عكس المسأله السابقه، فلو ادّعى اثنان أن ثالثاً اشترى من كلّ منهما مبيعاً معيناً، فإن اعترف المشترى بالشراء لأحدهما قضى عليه بالثمن، وإن اعترف به لكلّ منهما قضى عليه بالثمنين، لأن « إقرار العقلاء على أنفسهم حجه» وشراؤه من كليهما أمر ممكن، كأن يكون قد اشترى العين من أحدهما ثم باعه من الآخر ثم اشتراه، أو باعه لرابع فباعه الرابع من المدّعى الآخر، فاشتراه المشترى منه.

وإن لم يعترف مطلقاً وأقام كلّ واحد منهما بينه فأنكرهما فتاره: يختلف تاريخ البينتين أو تكونان مطلقتين، وأخرى: يكون التاريخ واحداً، فإن اختلف أو كانتا مطلقتين قضى عليه بالثمنين، لما تقدم من إمكان شرائه العين من أحدهما ثم بيعه من الآخر - أو من رابع فباعه من الآخر - ثم شرائه منه، ومهما أمكن الجمع بين البينتين وجب.

بخلاف المسأله السابقه، لما قيل من أن الشراء لا يجوز لملك نفسه والبيع يجوز لملك غيره ولو فضولاً.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۴.

وفيه: كما فى (الجواهر) إن الاحتمال فى الشراء لمال نفسه فضولاً ـ عن الغير ممكن أيضاً، كأن يشترى العين من أحدهما ثم يوكّل زيداً فى بيعه من الغير، ثم اشترى فضولاً من الغير.

هذا، مع أنه لا أثر لهذا الشراء عن الغير، لأن المفروض عدم أخذه شيئاً عن الغير.

فالأولى فى وجه الفرق ما ذكره فى (الجواهر) من أنه اتحاد المدّعى به فى المسأله السابقه، وهو شراء المبيع من مالكه، إلا أنه لم يعلم السابق منهما ليكون شراء اللاحق فى غير محله، بخلاف هذه المسأله، فإن المدّعى به استحقاق الثمن الذى ثبت بثبوت سببه، فمع فرض قيام البينه به فى وقتين مثلاً وجب المسبب حتى لو كان المدَّعى واحداً.

وبعباره اخرى: العين الواحده لا ـ يمكن أن تكون بجميعها لاثنين، هذا فى تلك المسأله، أما فى المقام، فالمدّعى به هو الثمنان من جهه تعدد العقد وإن كانت العين واحده، فإذا تكرر العقد تكرر الثمن، لإمكان الشراء ثم البيع والشراء كما عرفت، أما المبيع فلا يتكرر بتكرر البيع، فظهر إمكان الجمع بين البينتين هنا وعدم إمكانه هناك.

نعم، لو كان الثمن شيئاً معيّناً خاصّاً، وكلٌّ منهما قد ادّعاه بسبب كونه البائع لثمنه، وأقام كلّ واحد بينه، تحقق التعارض ولو مع إطلاق البينتين.

هذا، وفى (المسالك) : ويحتمل كونهما حينئذ كالمؤرختين بتاريخ واحد، لأنهما ربما شهدتا على البيع فى وقت واحد، والأصل براءه ذمه المشترى، فلا يؤخذ إلا باليقين (۱).

ص:۷۲۲

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۱۱۰.

قال فی (الجواهر) : ولعلّه لذا کان المحکی عن ظاهر الشیخ التردّد.

لکن فیه - کما فی (الجواهر) - أن البینه ظاهره فی تعدد البیع، والأصل تعدد المسبب بتعدد سببه (۱).

قال المحقق: « ولو کان التاریخ واحداً تحقق التعارض، إذ لا یکون الملک الواحد لاثنین، ولا یمکن إیقاع عقدین فی الزمان الواحد، فیقرع بینهما، فمن خرج اسمه أُحلف وقضی له» (۲).

أقول: ودلیل القرعه ما تقدم ذکره سابقاً من النص والفتوی علی أن الرجوع إلی القرعه هو حکم البینتین المتعارضتین بعد فقد الترجیح بینهما بأحد المرجحات المذکوره هناک، فمن خرج اسمه أُحلف وقضی له بالثمن الذی شهدت به البینه، فإن امتنع اُحلف الآخر وقضی له کذلک.

قال: « ولو امتنعا من الیمین قسّم الثمن بینهما» (۳).

أی: لو امتنع من خرج اسمه بالقرعه فردّت علی الآخر فامتنع کذلک، قسّم الثمن بینهما إن کان قابلاً للتقسیم، وإلا فلکلّ واحد من المدعیین نصف ما ادّعاه من الثمن.

وقد تقدم فی نظیر المسأله احتمالات أُخری.

حکم ما لو ادّعی شراء المبیع من زید وادّعی آخر شراءه من عمرو

اشاره

قال المحقق قدّس سرّه: « ولو ادّعی شراء المبیع من زید وقبض الثمن،

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۴۶۸.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۴.

۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۴.

وادّعى آخر شراءه من عمرو وقبض الثمن، وأقاما بينتين متساويتين فى العداله والعدد والتاريخ، فالتعارض متحقق» (۱).

أقول: فى هذه المسأله لو صدّق البائعان المشتريين أو صدّق أحدهما من يدّعى الشراء منه، وجب على المصدّق تسليم العين أو إرجاع الثمن الذى أخذه.

ومع عدم التصديق، فلو أقاما بينتين، فإن كانت احداهما أرجح أو كان تاريخها أقدم من الاخرى حكم لصاحبها، دون الآخر، فإن كانتا بيّنتين متساويتين فى العداله والعدد والتاريخ فالتعارض متحقق.

« فحينئذ يقضى بالقرعه ويحلّف من خرج اسمه ويقضى له» بالعين ويرجع المشترى الآخر على بائعه بالثمن.

فإن نكل من خرج اسمه أُحلف الآخر « ولو نكلا عن اليمين قسم المبيع بينهما» على السويه، وقد عرفت وجود احتمالين آخرين وهما: القسمه بلا قرعه، والتساقط للبينتين والتنصيف كذلك.

هذا إذا كانت العين فى يد البائعين.

ولو كانت العين بيد المشتريين، فلكلّ واحد منهما يد على النصف، فتكون بينه كلّ بالنسبه إلى النصف الذى بيده بينه الداخل وبالنسبه إلى النصف الآخر بينه الخارج، وكيف كان، فالحكم هو التنصيف.

ولو كانت بيد أحدهما بنى على تقديم بينه الداخل أو الخارج، وحيث يقضى لأحدهما يرجع الآخر بالثمن، كما يبتنى الحكم على ما ذكر فيما لو صدّق أحد البائعين مشتريه، فإنه يوجب كونه ذايد، ومع تصديق كليهما يكون كلّ واحد منهما ذايد، والحكم حينئذ هو التنصيف كما لو عدما معاً البينه.

ص:۷۲۴

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۴.

وحيث يحكم بالتنصيف، يرجع كلّ واحد بنصف الثمن كما قال المحقق قدّس سرّه:

« ورجع كلّ منهما على بائعه بنصف الثمن» (١).

وهل لهما الفسخ؟

ثم قال: « ولهما الفسخ والرجوع بالثمنين» (٢).

أقول: وجه الفسخ هو دعوى تبعّض الصفقه، وقد عرفت ما فيها، وبناءاً على ما ذكرنا سابقاً، يكون النصف الآخر كالتالف وهو من مال بائعه، وللمشترى المطالبه بنصف الثمن.

وقد جوّز كاشف اللثام (٣)الفسخ بشرط عدم الإعتراف بكون التلف بعد القبض. وقد ذكرنا أنه إن كان التلف بعد القبض موجباً للتبعض، بأن تكون البينه كاشفه عن كون العين مستحقه الغير حين العقد كما يقول صاحب (الجواهر) ، كان له الفسخ والرجوع، لكن قد عرفت أن ذلك غير تام.

والحاصل: إنه لا يجوز الفسخ، وبناءاً على جوازه لم يجز للآخر أخذ الجميع كما نص عليه المحقق حيث قال: « ولو فسخ أحدهما جاز ولم يكن للآخر أخذ الجميع، لأن النصف الآخر لم يرجع إلى بائعه» (۴)لأن المفروض كون النصف الآخر للبائع الثانى.

وحيث يعترف المشترى بكون التلف بعد القبض، لم يكن له خيار الفسخ، لأن المال له والتلف فى ماله. نعم، له الفسخ بناءاً على كونه من تبعّض الصفقه.

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ١١۵.

٢- ٢) شرائع الإسلام ۴: ١١۵.

٣- ٣) كشف اللثام ١٠: ٢٢٠.

۴- ۴) شرائع الإسلام ۴: ١١۵.

هـذا، وفى (الجواهر) : إنه قـد يتوهّم من اقتصـار المصـنف فى التعـارض على الصوره المزبوره عـدمه فى غيرهـا، مع أن الظـاهر تحقق ذلك أيضاً فى صوره الإطلاق، إذ هى كغيرها من صور الإطلاقات السابقه، بل وكذا لو أطلقت احداهما وأرّخت الاخرى، بناءاً على عدم الحكم بتأخر مجهول التاريخ عن معلومه، كما حرّر فى محلّه (١).

نعم، لو كانا مؤرخين بتأريخين مختلفين، ففيه البحث السابق فى تقديم الملك السابق وعدمه.

أقول: قـد عرفت فى المسـأله السـابقه قول المحقق قـدّس سرّه بالقضـاء بالثمنين جميعاً فى صوره اختلاف البينتين فى التاريـخ أو إطلاقهما قال: « لمكان الاحتمال وإمكان الجمع بين البينتين» وقد وافقه صاحب (الجواهر) قدّس سرّه، وأشكل على (المسالك) القائل بالتعارض والحكم بالتنصيف أخذاً بالقدر المتيقن وأن الأصل براءه المشترى.

يعنى: إنه إن كـان الجمع ممكنـاً فهو أولى، لكنه يكون فى صوره كون الشـهادتين مبيّنتين، أما مع إجمالهما فلا - فيكون نظير ما إذا قـامت البينه على أن أحـد هـذين الشخصـين هو المتلف لمـال لزيـد، فـإنه يجرى فى حق كـلّ منهمـا أصـاله البراءه، فلاـ يلزم أحدهما بشىء - وحيث يكون مجملاً يؤخذ بالمتيقن ويجرى الأصل فى غيره. . . فأشكل عليه فى (الجواهر) بأن البينه ظاهره فى التعدد، والأصل تعدد المسبب بتعدد سببه. . .

فقوله هنا بأن الظاهر تحقّق ذلك أيضاً فى صوره الإطلاق، ينافى ما ذكره

ص:٧٢٦

١- ١) جواهر الكلام ٤٠: ٤٧٠.

هناک، فما عبّر عنه بالتوهّم هو الصحیح.

ولو شهدت احداهما بوقوع البیع یوم الخمیس، والاخری بوقوعه یوم الجمعه، فالمتأخر باطل إن کان البیع واحداً، وإلا، فإن أمکن الجمع فهو، وإلا کان الثانی باطلاً.

ثم إنه یلزم أن تکون الشهاده علی الملک، ولذا لا تسمع دعوی الشراء من زید حتی لو أقام البینه، بل یلزم أن تکون الدعوی والشهاده کلتاهما مشتملتین علی شراء العین منه وأنها ملک له، إذ یجوز - فی مفروض المسأله هنا - أن یکون قد اشتری أحدهما العین للآخر وأن یکون باعها أحد البائعین وکالهً عن الآخر أو فضولاً، وهذا ما ذکره العلامه فی (القواعد) والشهید الثانی فی (المسالک) قال: وسیأتی اختیار المصنف إیّاه وکأنه ترکه هنا اتّکالاً علیه. . . وبالجمله، إنه یشترط أن یکون المدّعی والمشهود به هو الشراء من المالک، سواء ثبتت ملکیه البائع بالید أو بالبینه (۱). . .

حکم ما لو ادّعی عبد أن مولاه أعتقه وادّعی آخر شراءه منه

اشاره

قال المحقق قدّس سرّه: « ولو ادّعی عبد أن مولاه أعتقه وادّعی آخر أن مولاه باعه منه، وأقاما البینه، قضی لأسبق البینتین تأریخاً، فإن اتفقتا قضی بالقرعه مع الیمین» (۲).

أقول: لو ادّعی عبد أن مولاه أعتقه، وادّعی شخص آخر أن مولی العبد قد

۱- ۱) هذا إشاره إلی عباره المسالک، مسالک الأفهام ۱۴: ۱۱۲. التی أوردها صاحب الجواهر وقال بأنها تطویل بلا طائل.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۵.

باعه منه، فهما مدّعيان، والمولى هو المدّعى عليه وذو اليد، سواء كان العبد بيده أو بيد المشترى أو غيرهما أو لا فى يد. . .

فإن لم تكن لأحدهما بيّنه وكذّبهما المولى، حلف لهما بيمينين لأنه المدّعى عليه، وإن صدّق أحدهما وكذّب الآخر قضى لمن صدّقه، وهل يحلف لمن كذّبه أو لا؟ قولان، ذهب العلامه إلى الأول والشهيد الثانى وكاشف اللثام إلى الثانى تبعاً للمبسوط، ومنشأ الاختلاف هو ترتّب الأثر على هذه اليمين وعدمه، فهو نزاع صغروى، لأنهم متفقون على أن اليمين على الإنكار إنما تكون فيما إذا كان للإقرار أثر فى ذلك المورد، قال كاشف اللثام: « والحق ما فى المبسوط من أنه إن صدّق المشترى لم يحلف للعبد، لأنه لو أمر بعد ذلك بالعتق لم يقبل، لكونه إقراراً فى حق الغير ولم يلزمه غرم، وكذا إن صدّق العبد لم يحلف للمشترى، لأنه لو صدقه بعد ذلك فقد اعترف بالإتلاف قبل القبض، وهو كالآفه السماويه فى انفساخ البيع به، نعم، إن ادّعى عليه قبض الثمن حلف له إن أنكره» (١).

وقد وافق صاحب (الجواهر) العلامه وصوّر الثمره فى المسأله حيث قال:

« وفيه: منع عدم توجه اليمين للمشترى، مع إقراره المستخرج باليمين يكون من الحيلوله لا التلف فيغرم له القيمه، ولذا جزموا فى المسأله السابقه - وهى دعوى الاثنين شراء العين من شخص هى فى يده - أن لو أقرّ لأحدهما كان اليمين عليه للآخر، بل وله اليمين على المقرّ له، فلا يبعد حينئذ أن يكون هنا أيضاً له اليمين على السيد والعبد، كما أنه قد يقال باليمين على السيد للعبد مع الإقرار للمشترى، لعموم قوله صلّى اللّه عليه وآله وسلّم « البينه. . .» . وفائدته ثبوت

ص:٧٢٨

١- ١) كشف اللثام ١٠: ٢٢١.

الحرّيه فی حقّه، علی وجه لو انتقل إلیه بعد ذلک بإرث وغیره یحکم بحریته إن لم نقل بوجوب شرائه فعلاً- علیه، کما عن بعضهم التصریح به، وإلا کانت الثمره واضحه» (۱).

هذا کلّه مع عدم البینه، ومع وجود البینه یقضی لمن أقامها، وإن أقاماها معاً، فإن کانت إحداهما أرجح أو أقدم تاریخاً قضی لها، وإن اتفقتا فی العدد والعداله والتأریخ قضی بالقرعه، فمن خرج اسمه حکم له بیمینه، فإن نکل حلف الآخر وقضی له.

« ولو امتنعا من الیمین قیل: یکون نصفه حرّاً ونصفه رقّاً لمدعی الإبتیاع، ویرجع بنصف الثمن» (۲)لأدله التنصیف المذکوره سابقاً (۳).

وقد تأمل صاحب (الجواهر) فی شمول تلک الأدلّه لمثل الفرض الذی أحد طرفیه الملک والآخر الحریه، وحینئذ یکون الحکم لمن أخرجته القرعه، أی یقترع علی الملکیه لمدّعی الشراء والحریّه للعبد (۴).

وعلی الأول - وهو قول الشیخ وجماعه - یرجع المشتری بنصف الثمن الذی أقبضه المولی.

وهل للمولی خیار الفسخ؟

وهل یکون للمولی خیار الفسخ؟ قالوا: نعم، لتبعض الصفقه، وقد قلنا سابقاً بأن التبعض الموجب للخیار غیر صادق هنا، لأنه کالتلف قبل القبض علی

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۴۷۲.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۵.

۳- ۳) راجع الباب ۱۲ من أبواب کیفیه الحکم وأحکام الدعوی.

۴- ۴) لقد ذکرنا فی محلّه أن التنصیف یکون فی کلّ مورد یقبله.

أثر حكم الحاكم.

وعلى مـاذكروا من ثبوت الخيـار، قـال المحقق: « ولو فسـخ عتق كلّه، وهـل يقوّم على بـائعه؟ الأقرب نعم، لشـهاده البينه بمباشـره عتقه» (۱)فهنا فرعان:

أحـدهما: إنه لو فسخ مدعى الشـراء، يرجع على المولى بكلّ الثمن، وحينئذ ينعتق العبد كلّه، لزوال المزاحم البينه القائمه على أن المولى أعتقه.

والثـانى: إنه لو لم يفسـخ المشترى، فهـل يقوّم العبـد على البـائع إن كـان موسـراً أو لا ـ؟ قال المحقق: الأقرب: نعم، لشـهاده البينه بمباشره عتقه « فيتم شرط السرايه، وقد وافقه على ذلك (المسالك) و (الجواهر) .

وفى (المسالك) عن الشـهيد الإعتراض على ذلك (بأن الواقع فى نفس الأمر إما العتق أو الشـراء أو ليس أحـدهما، وأيّما كان، امتنـع معه التقويم على المالـك والسـرايه، أمـا على تقـدير العتق، فنه يكون للمجموع، ومع عتق المجموع لا ـ بعض موجود حـتى يقوّم، وأمـا على تقـدير الشـراء، فنه أيضـاً للجميع فلا سـبب للتقويم، إذ السـبب عتق البعض وهو منتف، ومنهما يظهر انتفاؤه على تقدير انتفائهما» (۲).

أقول: وفى (الـدروس) إشـكال آخر أيضاً حيث قال: « ولأنه عتق قهرى، فلا يقوّم عليه» (۳)أى: إن شرط التقويم والسرايه هو أن يكون عتقه للنصف بالاختيـار، بنـاء على أن الموجب القهرى - كالإـرث - لا يوجب السـرايه، وهنا الاختيار منتف، لأن بينه العبد شهدت بعتق الكلّ، وحرّيه بعضه كانت بحكم

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۵.
۲- ۲) مسالك الأفهام ۱۴: ۱۱۵.
۳- ۳) الدروس الشرعيه ۲: ۱۰۶.

الحاكم لا باختيار المولى، فلا مورد للسرايه.

لكن يمكن الجواب عنه بتحقق الاختيار هنا، لأنه مع شهاده بينه العبد بعتق الكلّ فقد أعتق النصف، فإن مبنى تبعّض الصفقه هو أن من باع الكلّ فقد باع البعض وإلا لم يتحقق التبعض فى مورد، فظهر أنه قد باع النصف بالاختيار، لكن التبعض تحقق بحكم الحاكم بمقتضى البينتين، لأنه أمر انتزاعى منشأه هنا الحكم المذكور.

وأما إشكاله الآخر المبتنى على العلم الإجمالى فى المقام، فقد أجابوا عنه: بأن مخالفه العلم الإجمالى مخالفه احتماليه لا مانع منها، فلو غسل يده المتنجسه بماء مشكوك الطهاره، فإنه يستصحب طهاره الماء ونجاسه اليد معاً، ولا مخالفه قطعيه للعلم الإجمالى، وفيما نحن فيه، وإن علمنا بأن العبد إما مملوك كلّه - للمولى أو للمشترى - وأما حرّ كلّه، والحكم بالتنصيف يخالف العلم المذكور، لكن لا يلزم من ذلك مخالفه قطعيه من المشترى والعبد، نعم، الحاكم يعلم بأن حكمه مخالف للواقع، إلا أنا ملزمون بمتابعه حكمه رعايه لمصلحه رفع الخصومه وفصل النزاع.

هذا، ولو حصل لنا العلم بعدم وجوب شراء النصف من المشترى، لأنه إما كلّه ملك للمشترى وإما كلّه حرّ، فيحصل العلم التفصيلى بعدم وجوب شراء المولى النصف من المشترى، ولا تقتضى ظواهر الأدلّه ذلك، بل يتوقف القول به على قيام دليل آخر، وهذا إشكال آخر.

ولو كان العبد فى يد المشترى، فإن قدّمنا بينه الداخل حكم له، وإن قدّمنا بينه الخارج حكم بالعتق، لأن العبد خارج قاله فى (الجواهر) تبعاً (للدروس) .

لكن تقدّم منا القول بأن ذا اليد هو المولى وإن كان بيد المشترى.

ص:٧٣١

لا يقال: تقدم بينه العبد، لأن له يداً على نفسه إن قدّمنا الداخل، وإلا قدمت بينه الشراء.

لأنا نقول: إنما يصير له يد بالعتق وثبوت الحريه، وقد نسب فى (الجواهر) القول المذكور إلى بعض العامّه (۱).

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۴۷۳.

مسائل

المسأله الاولی: (لو شهد للمدّعی بملکیه الدابّه منذ مده فکذّبتها سنّها)

قال المحقق قدّس سرّه: « لو شهد للمدّعی بأن الدابه ملکه منذ مده، فدلّت سنّها علی أقل من ذلک قطعاً أو أکثر، سقطت البینه لتحقق کذبها» (۱).

أقول: لو شهدت البینه لمدّعی ملکیه الدابه بأنها ملکه منذ خمس سنوات مثلاً، فدلّت سنّها علی کون عمرها أقل من تلک المده دلاله قطعیه، أو شهدت بأنها نتجت عند المدّعی منذ خمس سنوات، فدلّت سنّها دلاله قطعیه علی أن عمرها أکثر من تلک المده، سقطت البینه عن الحجیه، لتحقق کذبها.

أما لو کانت الدلاله علی الأقلیه أو الأکثریه ظنیه لا قطعیه ففی (الجواهر) : لا ینبغی التأمل فی عدم معارضه الظن للشهاده التعبدیه. . . ولا أظنه قولاً لأحد (۲).

لکن عن بعض نسخ (الشرائع) « قطعاً أو أکثریاً» وهی التی شرحها فی (المسالک) فقال: « أما علی تقدیر کون الدلاله قطعیه فواضح، لأن الکذب حینئذ

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۵.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۰: ۴۷۴.

قطعی، وأما علی تقدیر الأکثریه فالدلاله ظنیه، ویشکل معارضتها للحکم الظاهر من عداله الشاهد. وفی التحریر اقتصر فی الحکم بسقوط البینه علی الدلاله القطعیه (۱)، وهو أولی» (۲).

وکیف کان، فالصحیح ما ذکره فی (الجواهر) ، وإنما الکلام فی بطلان البینه مطلقاً أو فی خصوص ما کذبت؟ قال: الظاهر الثانی. قلت: بل الأول، إذ لا عرفیه لبینه یسقط بعض مدلولها بتکذیب السن له ویبقی البعض الآخر.

ص:۷۳۴

۱- ۱) تحریر الأحکام ۵: ۱۹۳/۶۵۵۲.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۴: ۱۱۶.

المسأله الثانيه: (لو شهدت بالشراء ولم تشهد بالملكيه أو التسليم)

قال المحقق: « إذا ادّعى دابّه فى يد زيد وأقام بينه أنه اشتراها من عمرو، فإن شهدت بالملكيه مع ذلك للبائع أو للمشترى أو بالتسليم، قضى للمدّعى، وإن شهدت بالشراء لاغير قيل: لا يحكم، لأن ذلك قد يفعل فيما ليس بملك، فلا تدفع اليد المعلومه بالمظنون، وهو قوى. وقيل: يقضى له، لأن الشراء دلاله على التصرف السابق الدالّه على الملكيه» (۱).

أقول: لا كلام فى ترتب الأثر على ما إذا شهدت البينه بالملكيه مع الشراء للبائع بأن قالت: نشهد بشراء زيد هذه الدابه من عمرو وقد كانت ملكه، أو للمشترى بأن قالت: نشهد بشراء زيد هذه الدابه من عمرو وهى الآن ملك لزيد، أو بالتسليم من عمرو لزيد بأن قالت: نشهد بشراء زيد هذه الدابه من عمرو وتسليم عمرو إيّاها لزيد.

إنما الكلام فيما إذا تجرّدت الشهاده عن ذلك، بأن شهدت بالشراء لا غير، ففى المسأله قولان، وكلاهما للشيخ قدّس سرّه، أوّلهما: عدم القبول وهو قوله فى (المبسوط) واختاره المحقق والأكثر كما فى (المسالك) . والثانى: القبول وهو قوله فى

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۵.

(الخلاف) ووافقه العلامه فى (المختلف) (۱).

توضیح دلیل الأول هو: إن هذه الشهاده لا ـ تدل علی الملکیه، لا ـ بالمطابقه ولا بالإلتزام، أما مع إضافه الملکیه فالدلاله تامه بالإلتزام، ومع إضافه التسلیم توجد دلاله التزامیه علی أمر هو أماره علی الملک، لأن التسلیم أماره علی الید التی هی أماره علی الملکّیه.

وتوضیح دلیل الثانی هو: إن الشراء یکشف عن التصرف السابق الدالّ علی الملکیه، کما أن الید السابقه أماره علیها، إذ کما أن الظاهر من الید کونها أصاله لا نیابه ولا عدواناً، فکذا التصرّف بالبیع والشراء وإن لم یکن المال فی یده.

قلت: فرق بین « الید» و « التصرف» ، فإن الأول أماره علی الملک شرعاً وعقلًا، بخلاف الثانی، فقد یکون قوله « بعت» فی ملک غیره، وهذا القول وإن کان تصرّفاً لو صدر من المالک، لکنه بمجرده لا یترتب علیه أی أثر لا وضعی ولا تکلیفی فهو لغو.

فظهر مما ذکرنا: إن البحث هو فی دلاله هذه الشهاده علی الملکیه وعدم دلالتها، ولیس البحث مبنیاً علی ما ذکره صاحب (الجواهر) ، فلو قامت بینه علی شراء زید المال من عمرو فهی لیست بحجه، فلا ربط للبحث بالترجیح ومسأله الداخل والخارج، فتلک مسأله اخری، ولا وجه لبناء هذه المسأله علی تلک.

۱- ۱) المبسوط فی فقه الامامیه ۸: ۲۹۵، کتاب الخلاف ۶: ۳۴۵ المسأله ۵۱۹، مسالک الأفهام ۱۴: ۱۱۷.

المسأله الثالثه: (حکم دعوی رقیّه الصغیر المجهول النسب)

اشاره

قال المحقق قـدّس سـرّه: « الصـغیر المجهول النسب إذا کان فی یـد واحد وادّعی رقیّته قضـی بذلک ظاهراً، وکذا لو کان فی ید اثنین» (۱).

أقول: وجه الحکم برقیّه الصـغیر للمدّعی هو: أن رقیّه هذا الصغیر أمر ممکن، والمدّعی لا معارض له فی دعواه، وهو ذو ید علیه، فیجب أن تسمع ویقضی له، - قال فی (الجواهر) - « بلا خلاف أجده فیه» (۲).

إنما الکلام فیما إذا کبر هذا الصـغیر ونفی الرقیّه، فقد قیل: لا یسـمع قوله، لعدم جواز نقض حکم الحاکم، وقیل: یسـمع ویحلف المدّعی مع عدم البینه، وقیل: بل یسـمع قوله فی حال الصغر أیضاً - لولا الإجماع - وإن هذا المورد یستثنی من قاعده حجیه قول المـدّعی الـذی لا منازع له، لنص خاص رواه الشـیخ الکلینی قـدّس سـرّه عن عدّه من أصـحابنا عن سـهل بن زیاد، وعن علی بن إبراهیم عن أبیه جمیعاً عن ابن محبوب عن ابن رئاب عن حمران بن أعین قال: سألت أبا جعفر علیه السلام عن جاریه لم تدرک بنت سبع سنین مع رجل وامرأه، ادّعی الرجل أنها مملوکه له وادّعت المرأه أنها ابنتها فقال: قد قضی فی هذا علی علیه السلام.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۶.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۰: ۴۷۶.

قلت: وما قضى فى هذا؟ قال: كان يقول: الناس كلّهم أحرار إلا من أقرّ على نفسه بالرق وهو مدرك. ومن أقام بينه على من ادّعى من عبد أو أمه فإنه يدفع إليه ويكون له رقّاً.

قلت: فما ترى أنت؟ قال: أرى أن أسأل الذى ادّعى أنها مملوكه له بينه على ما ادّعى، فإن أحضر شهوداً يشهدون أنها مملوكه لا يعلمونه باع ولا وهب، دفعت الجاريه إليه، حتى تقيم المرأه من يشهد لها أن الجاريه ابنتها حرّه مثلها، فلتدفع إليها وتخرج من يد الرجل.

قلت: فإن لم يقم الرجل شهوداً أنها مملوكه له؟ قال: تخرج من يده، فإن أقامت المرأه البينه على أنها ابنتها دفعت إليها، فإن لم يقم الرجل البينه على ما ادّعى ولم تقم المرأه البينه على ما ادّعت خلى سبيل الجاريه تذهب حيث شاءت» (١).

أقول: لا ريب فى أن اليد أماره الملكيه، وأن الناس يعاملون صاحب اليد معامله المالك لما فى يده، كما لا ريب فى قبول قول ذى اليد مع عدم المعارض والمنازع.

أما فى مورد دعوى الرقيّه، فإن الأصل هو حريّه الإنسان وعدم سلطنه أحد على أحد.

واليد إنما تكون أماره على الملكيه لما فى اليد، فيما إذا كان الشى الذى فى اليد قابلاً للملكيه، ومن هنا يشكل الحكم فى المائع المردّد بين كونه ممّا يقبل الملكيه كالخل أو ممّا لا يقبلها كالخمر بأنه خلٌّ استناداً إلى اليد.

وفى حجيه قول ذى اليد بالنسبه إلى الأعم من الملكيه وغيرها من

١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٥٣/٩. أبواب كيفيه الحكم، الباب ١٢.

الخصوصيات بحث، وإن كان قول الأكثر ذلك، لكن حجيه قوله من آثار حجيه اليد، ومع الشك فى قابليه الشى للملكيه يشكل ترتيب الأثر على قول ذى اليد، ولذا وقع الكلام فى ملكيه الكبير الساكت والمجنون، فقال بعضهم بعدم حجيه قول ذى اليد.

وبما ذكرنا ظهر عدم تماميه تقديم اليد على أصاله الحريّه من جهه تقديم الأماره على الأصل، فإن اليد أماره وحجه على الملكيه فيما يقبلها.

فيبقى الإجماع، لكن يحتمل كون مدركه قاعده اليد، فلا يمكن الاعتماد عليه.

فظهر أن الصحيح هو سماع دعوى الصغير فى حال صغره، لكن الاستدلال عليه بالخبر المزبور ضعيف من جهه أخرى، فقد اشتمل على أنه إذا « لم تقم المرأه البينه على ما ادّعت خلّى سبيل الجاريه تذهب حيث شاءت» والحال أنه حيث أقرّت المرأه بكون الجاريه ابنتها، فقد وجب عليها نفقه الجاريه وإن لم يثبت النسب من جهه عدم البينه، ولعلّ هذا وجه إعراض الأصحاب عن هذا الخبر.

وأما إذا كبر الصغير فأنكر، فالحق سماع دعواه، فإن أقام بينه على أنه ابن فلان أو إنه لقيط فهو، وإلا حلف المدّعى، وإنما تسمع دعواه لأن كلّ دعوى يمكن أن تكون صحيحه فهى مسموعه.

لا يقال: بأنه يستلزم النقض.

لأنا نقول: بأن النقض يتحقق بأن يطالب الرجل باليمين بعد الكبر على دعواه السابقه التى حكم فيها الحاكم، وأما إقامه دعوى جديده فلا مانع منها ولا تكون نقضاً.

هذا كلّه فى الصغير.

ص:٧٣٩

حكم ما لو كان كبيراً.

قال المحقق: « أما لو كان كبيراً، وأنكر، فالقول قوله، لأن الأصل الحرّيه» (١).

أقول: إنه إذا ادّعى الرجل رقيّه كبير، فإن أنكر كان على الرجل المدّعى إقامه البينه، وحيث لا بينه فالقول قول الكبير، لأن الأصل الحرّيه.

وأما إذا اعترف بالرقيه وادّعى تحرير الرجل إيّاه، فلا تسمع هذه الدعوى إلا ببينه، وهو غير دعوى الحريّه من أول الأمر، وعلى هذا يحمل الأخبار الدالّه على جواز شراء المملوك من سوق المسلمين مع دعواه الحريه، فإنه مع عدم البينه لا تسمع ويبنى على رقيّته فيشترى.

وإن أقرّ، ترتب الأثر على إقراره، ولا فرق بين الإقرار لواحد أو لاثنين، فإنه يكون ملكاّ لكليهما على الإشاعه.

قال المحقق قدّس سرّه: « ولو ادّعى اثنان رقيّته فاعترف لهما قضى عليه، وإن اعترف لأحدهما كان مملوكاً له دون الآخر» (٢)لعموم جواز إقرار العقلاء على أنفسهم، وربما يستدل له باعتبار قول ذى اليد بناء على كونه ذا يد على نفسه.

قال فى (الجواهر) بعد أن ذكر عدم وجدانه الخلاف فى هذا الحكم: « وحكى عن الشيخ فى مسأله دعوى العبد العتق والآخر الشراء فى إنكار كون العبد ذا يد على نفسه أنه قال: لأنه لو كان ذا يد لقبل إقراره بالملكيه لأحد المتنازعين فيه، ومقتضاه المفروغيه من عدم قبول إقراره، إلا أنه كما ترى لا دليل عليه، بل ظاهر

١- ١) (و٢) شرائع الاسلام ۴: ١١۶.

٢- ٢)

الأدلّه خلافه.

وفى كشف اللثام: وإذا أقاما بينتين متعارضتين، فصـدّق أحـدهما خاصه، لم تترجـح به بينته، لأنه لا يد له على نفسه، فإنه أن كان حرّاً فلاـ يـد له، وإن كان مملوكاً فلا يـد عليه إلا لمالكه (١). وفيه: إنه منـاف لقبول إقراره بالرقيّه مع عـدم البينه الـذى اعترف به سابقاً، بل ظاهره الإجماع عليه، فتأمل» (٢).

أقول: يمكن أن يكون الشيخ وكـاشف اللثـام منكرين لعنوان كونه ذا يـد، لا أنهما مخالفان فى قبول هـذا الإقرار، لأنهما قالا بما قالاـ فى فرعين غير هـذا الفرع الـذى نحن فيه، فالشـيخ لاـ يوافق فى تلك المسأله على تأثير ذاك الإقرار لكونه بعنوان ذى اليـد، وكـاشف اللثـام ينكر هناك أن يكون قول العبـد مرجّحاً لاحـدى البينتين لأنه ليس ذا يـد، والإقرار المجرّد ليس من المرجحات، فالظاهر عدم ورود إشكال (الجواهر) ، وأنهما غير مخالفين فى المقام، واللّه العالم.

ص:٧٤١

١- ١) كشف اللثام ١٠: ٢٠٣.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٤٧٩.

المسأله الرابعه: (حكم ما لو ادّعى اثنان كون الذبيحه له وفى يد كلٍّ بعضها)

قـال المحقق قـدّس سرّه: « لو ادّعى كلّ منهما أن الـذبيحه له وفى يـد كلّ واحـد بعضـها، وأقام كلّ منهما بيّنه، قيل: قضـى لكلّ منهما بما فى يد الآخر، وهو الأليق بمذهبنا» (۱).

أقول: إن كانت الـذبيحه واحـده، وقـد وضع كلّ منهما يـده على طرف منها وأقام بينه على أنها جميعاً له، فالحكم هو التنصـيف. وإن كان ما فى يد كلّ منهما منفصـلاً عمّا فى يد الآخر، فعلى القول بتقدّم بينه الخارج - وهو الأليق بمذهبنا - يقضى لكلّ منهما بما فى يد الآخر، سواء كانا متساويين أو مختلفين فى المقدار. . .

ولو لم يكن لهما يد، فالحكم هو التنصيف.

قال المحقق: « وكذا لو كان فى يد كلّ واحد شاه، وادّعى كلّ منهما الجميع وأقاما بينه، قضى لكلّ منهما بما فى يد الآخر» (۲).

أقول: وذلک لعدم الفرق بين هذا الفرع والفرع السابق عليه.

قال فى (الجواهر) : « ومما يتفرع على ذلک أنه لو كان المتخاصـمان فى بعض الذبيحه المنفصلين كافراً ومسلماً، حكم بكون ما يقضى به للكافر ميته وللمسلم مذكى، وإن كان كلّ واحد من الجزئين انتزعه من الآخر، عملاً بظاهر اليد المعتبره

۱- ۱) شرائع الاسلام ۴: ۱۱۶.

۲- ۲) شرائع الاسلام ۴: ۱۱۶.

شرعاً، ولا يقدح فی ذلک الید السابقه، بل لعلّ الحکم کذلک فی الجزئین المنفصلین، ضروره اتّحاد الملاک فیهما، کما تقدم الکلام فی ذلک فی قسم العبادات» (۱).

أقول: کیف یکون اللّحم الواحد الذی یملکه المسلم والکافر علی الإشاعه بعضه نجساً - وهو الذی کان فی ید الکافر - والبعض الآخر طاهراً وهو الذی کان فی ید المسلم؟ إن هذه الذبیحه إما میته نجسه کلّها وإما طاهره کلّها، فما ذکره رحمه اللّه مشکل، لا سیما فی المشاع.

نعم، یمکن معامله الطاهر مع ما یجئ من خارج بلاد المسلمین من الجلود، فیما إذا احتملنا إحراز البائع المسلم له بطهارته، أما فی مسألتنا هذه، فإن الذی بید المسلم مقطوع بکونه مأخوذاً من الکافر وإن أصبح ملکاً له الآن بعد المرافعه بحکم الحاکم، وعلی ما ذکرنا، فلو علمنا بکون اللّحم الموجود الآن بیدالکافر مذبوحاً بید المسلم حکمنا بطهارته.

فالحاصل: إنه علی أثر حکم الحاکم، یکون ما فی ید المسلم مختصاً له، وهذا هو القدر المتیقن، وأما ترتب أثر الطهاره أیضاً علی هذا الحکم والید الحاصله بعده، فمشکل جدّاً.

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۴۸۰.

المسأله الخامسه: (لو تسلّم شيئاً بالبينه فأقام المحكوم عليه البينه على الملكيه)

قال المحقق قدّس سرّه: « لو ادّعى شاه فى يد عمرو وأقام بينه فتسلّمها، ثم أقام الذى كانت فى يده بينه أنها له، قال الشيخ: ينقض الحكم وتعاد، وهو بناء على القضاء لصاحب اليد، والأولى أنه لا ينقض» (١).

أقول: تاره يقول عمرو: اشتريتها من زيد بعد حكم الحاكم فى المرافعه السابقه، فهذه دعوى مسموعه، لأنه يدّعى ملكاً جديداً، فإن أقام بينه تقدّمت على بينه زيد لأن عمراً هو الخارج.

واخرى يقول: إنه فى الوقت الذى أقام زيد بينه لم تكن بيّنتى حاضره وهى الآن حاضره، فبناء على سماع هذه الدعوى إن كان الميزان فى الخارج والداخل حال إقامه عمرو البينه فزيد الداخل، وإن كان الميزان حال دعوى زيد فعمرو الداخل.

وقديدّعى كون الشاه له ويقيم البينه من غير تعرّض للدعوى السابقه، فإنه تسمع بيّنته بناء على سماع البينه بعد فصل الخصومه بالحكم، وتحمل على دعوى انتقال العين من زيد إلى عمرو، فتقدم بينه عمرو بناء على تقديم بينه الخارج.

وكيف كان، فإن لزم من سماع الدّعوى نقض الحكم، فلا تسمع، وفى أىّ صوره لم يلزم النقض فتسمع.

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ١١۶.

المسأله السادسه: (لو ادّعى داراً وادّعى آخر نصفها وأقاما البينه)

اشاره

قال المحقق قدّس سرّه: « لو ادّعى داراً فى يد زيد وادّعى عمرو نصفها، وأقاما البينه، قضى لمدّعى الكلّ بالنصف لعدم المزاحم، وتعارضت البيّنتان فى النصف الآخر، فيقرع بينهما ويقضى لمن يخرج اسمه مع يمينه، ولو امتنعا من اليمين قضى بينهما بالسويّه، فيكون لمدّعى الكلّ ثلاثه أرباع ولمدّعى النصف الربع» (۱).

أقول: لو كانت دار فى يد شخص، فادّعى زيد كلّ الدار ادّعى عمرو نصفها، ولم يصدّق من بيده الدار أحدهما، فمع وجود البينه بالتساوى - عدداً وعداله لكليهما - يقضى لزيد بالنصف المشاع من الدار، لأن المفروض أن عمراً لا يدّعى إلا نصف الدار، فزيد فى نصفها مدّع بلا معارض، فيكون له كما هو الحال فى كلّ دعوى بلا معارض، لكن البيّنتين تتعارضان فى النصف الآخر، والحكم فى تعارض البينتين هو القرعه، فمن خرج اسمه قضى له مع يمينه، فإن امتنع حلف الآخر وأخذ، ولو امتنعا معاً من اليمين قضى فى النصف المتنازع فيه بالسويّه، فيكون نصفه لزيد ونصفه الآخر لعمرو، فيكون لزيد الذى ادّعى كلّ الدار ثلاثه أرباعها، ولعمرو الذى ادّعى نصفها ربعها.

وكذلك الحكم لو كانت الدار فى يد ثالث ولم يكن لأحدهما بينه، فإنه يقسّم النصف المتنازع فيه بينهما على السويه.

ص:۷۴۵

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۶.

حكم ما لو ادّعيا ذلك ويدهما عليها مع البينه:

قال المحقق: « ولو كانت يـدهما على الدار وادّعى أحدهما الكلّ والآخر النصف، وأقام كلّ منهما بينه، كانت لمدّعى الكلّ، ولم يكن لمدعى النصف شيء، لأن بيّنه ذى اليد بما فى يده غير مقبوله» (۱).

أقول: وهـذا هو الفرع الثـالث فى المسـأله، وذلـك أن يـدّعى أحـدهما كـلّ الـدار والآخر النصف، وهما واجـدان للبينه وهى فى يـدهما لا فى يـد ثالث، فالمشـهور على أن الدار كلّها لمدّعى الكلّ وأنه ليس لمدّعى النصف شـىء منها، وذلك لأن المفروض خروج نصف الدار عن النزاع، فيكون النصف الذى بيد مدّعى الكلّ ملكاً له، لأنه مدّع بلا معارض بالنسبه إليه، وحيث أنه يدّعى النصف الآخر بيـد خصـمه، فهو بالنسـبه إلى ذاك النصف خارج والخصم داخل، ومذهب المشـهور تقديم بيّنه الخارج وسـقوط بينه الداخل، فيكون النصف الثانى له كالأول، فالدار كلّها له ولم يكن لمدّعى النصف شيء. . .

نعم، لو لم يكن لمدّعى الكلّ بيّنه، كان القول قول مدّعى النصف مع يمينه، فإذا حلف أبقى النصف فى يده، فتكون الدار بينهما نصفين. . .

هذا هو المشهور.

وعن ابن الجنيد: إنه يقتسمان الدار مع البينه وعدمها على طريق « العول» (۲)

ص:۷۴۶

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۶.

۲- ۲) « العول» تقسـيم النقصان بالقدر المساوى على الشـركاء، وهو يذكر فى موارد منها، تركه الميت، ومنهاالمال الذى تعلق به حق الـديان، ومنها ما نحن فيه. مثلاً: إذا كان لأحـد الشـريكين فى ال (۲۶) ۱۲ درهمـاً وللآخر (۲۴) فتلـف من المجموع (۱۲) درهم، فإنه يقسّم هذا العدد التالف بينهما بالعدل، فيقال العدد يشـكل ثلث المجموع، فينقص من كلّ من الشريكين ثلث ما كان له، فيعطى لصاحب ال (۱۲) ثمانيه، ولصاحب ال (۲۴) سته عشر درهماً.

فيجعل فى مفروض المسأله لمـدّعى الكلّ الثلثان ولمـدّعى النصف الثلث، وقد فرض رحمه اللّه المسأله فى ما لو كانت العين فى أيدى المتداعيين، لكن التأمّل فى كلامه المنقول فى (المختلف) يفيد أنه لا يفرّق بين الصور فراجعه (۱).

وفى (المسالک) لأن المنازعه وقعت فى أجزاء غير معينه ولا مشار إليها، بل كلّ واحـد من أجزائها لا يخلو من دعوى كلّ منهما باعتبار الإشاعه، فلا يتمّ ما ذكروه من خلوص النصف لمدّعى الكلّ بغير منازع، بل كلّ جزء يدّعى مدّعى النصف نصـفه ومدّعى الكلّ كلّه، ونسـبه احـدى الـدعويين إلى الاخرى بالثلث، فتقسم العين أثلاثاً، واحـد لمدعى النصف واثنان لمدّعى الكل، فيكون كضرب الديان فى مال المفلس والميت.

وفى (المختلف) وافق ابن الجنيد على ذلک مع زياده المدعيين على اثنين (۲).

وقـال فى (الجواهر) : « يمكن أن يكون مبنى كلام ابن الجنيـد على دعوى ظهور نصوص التنصـيف بعـد الإقراع وعـدم اليمين منهمـافى العول، ضـروره أن بينه كـلّ منهمـا تقتضـى الكـلّ وهمـا متعـذران فيحصـل النقصان عليهما، ومن هنا اتّجه التعـديه إلى التثليث لو كانوا ثلاثه والتربيع لو كانوا أربعه وهكذا، وليس إلا لما ذكرنا.

۱- ۱) مختلف الشيعه فى أحكام الشريعه ۸: ۴۷۰.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۴: ۱۲۱ - ۱۲۲.

ومنه مفروض المسأله التی لا- یمکن الجمع فیها بین بینه النصف مثلاً- وبین بیّنه الکلّ، فنقول فی النصف کما عالت فی الأول، فیوزع علیهما أثلاثاً، لأن نسبه الکلّ إلی النصف کذلک، فالعول عنده نحو العول فی الفرائض لولا نصوص أهل العصمه علیه السلام، لقضاء کلّ بینه مثلاً- بمقتضاها نحو قوله: للزوج النصف وللا-ختین من الأ-ب الثلثان ومن الأم الثلث، لا مثل العول فی تزاحم الدیون علی الترکه الذی مرجعه عند التأمل أیضاً إلی ذلک» (۱).

أقول: إن الخلاف بین المشهور وابن الجنید یرجع إلی أن المشهور یقولون بتقسیم مدلول البینتین ومورد النزاع بینهما، وابن الجنید یقول بتقسیم مورد دعوی المدعیین وهو الکلّ من أحدهما والنصف من الآخر والمفروض هو الإشاعه، فیکون الحاصل عدم استثناء النصف بناء علی الثانی واستثناؤه بناء علی الأول، فالدلیل الأول لما ذهب إلیه ابن الجنید هو: الإشاعه فی الأجزاء، والثانی: ما ذکره صاحب (الجواهر) من دعوی ظهور نصوص التنصیف بعدالإقراع وعدم الیمین منهما فی العول.

قلت: أمّا الأول ففیه: إن تصرف أحد المالکین فی الملک المشاع یکون علی نحوین:

أحدهما: غیر جائز، وهو التصرف الخارجی، لتوقّفه فی کلّ جزء علی إذن الشریک.

والآخر: جائز بلا إذن منه، مثل أن یبیع نصفه المشاع.

وما نحن فیه ف وهو إثبات الملکیه بالبینه - کالبیع المذکور، فإنه لیس تصرّفاً

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۴۸۲.

فی مال الشریک.

وبعباره اخری: العوارض الخارجیه التی تعرض العین المملوکه علی الإشاعه، یتوقف إیرادها علی إذن الشریک، وأما العوارض التی تعرض الملکیه کالبیع فلا، وما نحن فیه من قبیل الثانی لا الأول، فیکون النصف المشاع - الذی لا معارض لمدّعی الکلّ بالنسبه إلیه - ملکاً له، ویقع التعارض بین البینتین فی النصف الآخر، فهو مورد النزاع، وطریق رفع هذا النزاع فی صوره تساوی البینتین تقسیمه بینهما بالتنصیف، کما إذا کان مورد النزاع عیناً منحازه یدّعیها کلّ واحد من المدعیین.

وأما الثانی ففیه - کما فی (الجواهر) إن محل النصوص حیث لا یسلم جزء من العین لا نزاع فی، أما فی المفروض فلا دلاله فیها علیه، بل لعلّ ظاهر مرسل ابن المغیره عن الصادق علیه السلام: «فی رجلین کان بینهما درهمان، فقال أحدهما: الدرهمان لی وقال الآخر: هما بینی وبینک، فقال أبو عبد اللّه علیه السلام: أما الذی قال: هما بینی وبینک فقد أقرّ بأن أحد الدرهمین لیس له فیه شیء وأنه لصاحبه، ویقسم الآخر بینهما» (۱)خلاف ذلک، وکذا مرسل ابن أبی حمزه (۲)عنه أیضاً.

هذا، وقد فصّل المحقق العراقی فی المقام فقال: «لو ادّعی داراً فی ید زید بأجمعها وادّعی عمرو نصفها، فتاره: تکون دعوی التمام بسبب غیر قابل للتفکیک بین النصفین، واخری: علی نحو قابل للتفکیک بینهما من حیث الصدق والکذب،

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۸: ۴۵۰/۱. کتاب الصلح، الباب ۹.

۲- ۲) «فی رجلین کان بینهما درهمان فقال أحدهما: الدرهمان لی، وقال الآخر: هما بینی وبینک. فقال أبو عبد اللّه علیه السلام: قد أقرّ أن الدرهمین لیس له فیه شیء وأنه لصاحبه، وأما الآخر فبینهما» التهذیب ۶ / ۲۹۲.

فعلى الأول: تكون دعوى النصف مزاحمه لدعوى التمام دون الآخر، ولازمه حينئذ تزاحم بيّنتهما، وفى مثله لا مجال لتوهّم الأخذ بـالبينه بالنسـبه إلى النصف بلاـ معـارض، بـل ولاـ مجـال للأخـذ بـدعواه بملاك الـدعوى بلا معارض، لما عرفت من أن دعوى الملكيه على النحو المزبور معارض بدعوى النصف من غيره» .

أى: إن قال أحـدهما بأن هـذه الـدابّه نتجت عندى، أى كلّها لى، وقال الآخر: هى بيننا – أى على النصف – من جهه الإرث، فإذا أقامـا البينه على دعواهمـا كانت البينتان متعارضتين وليس فى البين قـدر متفق عليه بين الطرفين، وحينئـذ يحكم بينهما على طريق العول. نعم، إذا قال هذا: هى كلّها لى، فقال الآخر: قد بعتنى نصفها، فهنا لا نزاع فى أحد النصفين.

هذا توضيح ما ذكره.

لكن نقول: إن كـانت حجّيه البينه فى كتـاب القضـاء من بـاب الطريقيه إلى الواقع، فـإن البينه القـائمه على ملكيه النصف بالإرث تسـقط عن الطريقيه والكاشـفيه مع وجود المعارض، وهو البينه القائمه على ملكيه الكلّ بالنتاج، لكن البينه هنا جعلت حجه لأجل فصل الخصومه ورفع النزاع، فإذا أقامها أحدهما على ملكيه الكلّ والآخر على ملكيّه النصف، فقد جعل الشارع الحكم بالتنصيف لفصل الخصومه، مع أن الحاكم يعلم علماً إجمالياً بكذب احدى البيّنتين.

وبمـا ذكرنا أجاب المحقق الآشتيانى (۱)عن توجيه صـاحب (الجواهر) لمـذهب ابن الجنيـد، بأن الطرفين مالكان لجميع الأجزاء على الإشاعه، فقال: بأن ما ذكره يتم بناء على الطريقيه، وأما بناء على السببيه فلا، فإن دليل حجيه البينه فى باب

۱– ۱) كتاب القضاء ۴۶۴.

القضاء يقتضـى سـببيه البينه فيحكم بحسـبها حكماً ظاهريّاً، وعلى هـذا، فالنصف الـذى لا يـدّعيه أحـدهما يخرج عن محل النزاع وتكون بينه الآخر سبباً لملكيّته له، ويبقى النصف الآخر ويتعارض السببان فيه، فيقسّم بينهما بالتنصيف فيتم رأى المشهور.

وأجاب عن الدليل الأول: بأن مجرّد وقوع النزاع على سبيل الإشاعه الساريه فى جميع الأجزاء لا يقتضـى عدم سلامه جزء لمدّعى الكلّ، إذ كما يقال إن كلّ جزء يفرض من العين يريـد مدّعى النصف نصـفه، كذلك يقال إن كلّ جزء يريد مدّعى النصف من المجموع نصـفه ويبقى نصفه الآخر لمدّعى الكلّ بلا منازع، ومدّعى الكلّ وإن كان مقصوده رفع يد مدّعى النصف من كلّ جزء لكن بالنسبه إلى نصفه، فهو إنما يقيم البيّنه على المجموع من حيث اشتماله على المدّعى وهو النصف، لا أن يكون المقصود هو إثبات الكلّ من البينه من حيث الكلّ كما قد يتوهّم، فالتزاحم إنما وقع حقيقه بالنسـبه إلى نصف الكلّ، فلابدّ من الحكم بتقسـيم البيّنتين بالنسبه إليه، فتقسم العين أرباعاً، ثلاثه أرباع لمدّعى الكلّ وواحد لمدّعى النصف.

حكم ما لو ادّعى أحدهم نصف الدار والآخر الثلث والثالث السدس ويدهم عليها

قال المحقق قدّس سرّه: « ولو ادّعى أحدهم النصف والآخر الثلث والثالث السدس وكانت يدهم عليها، فيد كلّ واحد منهم على الثلث، لكن صـاحب الثلث لا يـدّعى زياده على ما فى يـده، وصاحب السـدس يفضل فى يـده ما لا يـدّعيه هو ولا مـدّعى الثلث، فيكون لمدّعى النصف، فيكمل له النصف» (١).

ص:٧٥١

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ١١۶.

أقول: الحكم فی هـذا الفرع واضـح، ولا ـ فرق فی ذلـک بین إقامتهم البیّنه وعـدمها، ومن هنا قال المحقق: «وکـذا لو قامت لکلّ منهم بینه بدعواه» .

قـال فی (الجواهر) : «وکـأن المصـنف نبّه علی حکمهـا لمکـان خلاـف بعض العـامه فیها، حیث جعل مع إقامتهم البینه لمـدّعی النصف ثلثاً ونصف سـدس، بناء علی أن السـدس الزائد علی ما فی یده لا یدّعیه علی مدّعی السدس خاصه، بل إنما یدّعیه شائعاً فی بقیّه الدار وهی فی ید الآخرین جمیعاً، فنصفه علی مدّعی الثلث وعارضت فیه بیّنته وترجّحت بالید علی تقدیر إقامتهما البیّنه، وقـدّم قول ذی الیـد علی تقـدیر عـدمها، ونصـفه علی مدّعی السدس فیحکم به لمدّعی النصف ببیّنته، لأن بیّنه مدّعی السدس لا تعارضـها، فیجعل لمـدّعی النصف ثلث ونصف سـدس، وللآخرین مـدّعاهما، ویبقی بیـد مـدّعی السدس نصف سدس لا یدّعیه أحد» (۱).

وفیه: أولًا: إن هذا القول مبنی علی تقدیم بینه الداخل، وهو خلاف التحقیق.

وثانیاً: إن الـدعوی لیست علی الآخرین، بل إنه یدّعی کون نصف الدار له، وحینئذ، تکون ید ذی الید کالعدم، فلا ید حتی یقال بتقدم بینه ذی الید.

وثالثاً: إن صاحب السـدس یقرّ بعـدم ملکیته للقدر الزائد الذی فی یده، فلماذا لا یؤخذ منه ذلک لمدعی النصف الذی یدّعیه مع وجود البینه؟

حکم ما لو ادّعی أحدهم الکلّ والآخر النصف والثالث الثلث

قال المحقق قدّس سرّه: «ولو ادّعی أحدهم الکلّ والآخر النصف والثالث

ص:۷۵۲

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۴۸۸.

الثلث، ولا ـ بينه، قضـى لكـلّ واحـد بـالثلث، لأن يـده عليه، وعلى الثانى والثالث اليمين لمـدّعى الكلّ، وعليه وعلى مـدّعى الثلث اليمين لمدعى النصف» .

أقول: فى هذا الفرع خمس صور، ذكر المحقق قدّس سرّه منها صورتين وصاحب (الجواهر) قدّس سرّه ثلاث صور:

فـالصوره الاـولى من الصورتين: أن لاـ تكون لأحـدهم بينه، والحكم فيهـا ما ذكره المحقق قـدّس سـرّه من أنه يكون لكلّ واحد منهم منا فى يـده وهو الثلث، غير أن مـدّعى النصف ومـدّعى الثلث يحلفان لمـدّعى الكلّ، لأن الخارج له - مع عدم البينه - حق اليمين على الـداخل، كمـا أن لمـدّعى النصف حق اليمين على مـدّعى الثلث فى مقابـل نصف السـدس، وعلى مـدّعى الكـلّ فى مقابل النصف الآخر.

والصوره الثـانيه منهمـا: أن يكون لكـلّ منهم بينه. قـال المحقق: « وإن أقـام كـلّ منهم بينه، فإن قضـينا مع التعارض ببينه الـداخل فالحكم كما لو لم تكن بينه، لأن لكلّ واحد بينه ويداً على الثلث.

وإن قضـينا ببينه الخـارج - وهو الأصـح - كـان لمـدّعى الكـلّ ممّا فى يـده ثلاثه من اثنى عشـر بغير منازع، والأربعه التى فى يد مـدّعى النصف لقيام البينه لصاحب الكلّ بها وسـقوط بينه صاحب النصف بالنظر إليها إذ لا تقبل بيّنه ذى اليد، وثلاثه مما فى يد مـدّعى الثلث، ويبقى واحـد مما فى يد مدّعى الكلّ لمدّعى النصف، وواحد مما فى يد مدّعى الثلث يدّعيه كلّ واحد من مدّعى النصف ومدّعى الكلّ، يقرع بينهما ويحلف من يخرج اسمه ويقضى له، فإن امتنعا قسّم بينهما نصفين.

فيحصل لصاحب الكلّ عشره ونصف، ولصاحب النصف واحد ونصف، وتسقط دعوى مدّعى الثلث» (1).

ص:753

1- 1) شرائع الإسلام 4: 117.

أی: إنه حیث یکون لکلّ منهم بیّنه مع الید یحکم الحکم لکلّ بما فی یده، لکن بینه کلّ واحد منهم بالنسبه إلی ما یدّعیه مما فی ید الآخر بینه الخارج، فمدّعی النصف تتقدّم بیّنته فی نصف السدس فی ید مدّعی الکلّ فیأخذه، ثم إن مدّعی الکلّ یدّعی علی مدّعی النصف فیأخذ منه الأربعه، ویدّعی علی مدّعی الثلث کلّ ما فی یده، لکن مدّعی النصف یطالب بنصف السدس، فیقع التعارض فیه بین مدّعی الکلّ ومدّعی النصف فیقترع، فمن خرج اسمه وحلف أخذ، فإن امتنع فالآخر، وحیث یمتنعان عن الیمین فالتنصیف، فیکون لمدّعی الکلّ من الاثنی عشر (۵/۱۰) ولمدّعی النصف (۵/۱) ولا شیء لمدّعی الثلث لسقوط دعواه من جهه کون بینته داخله، وقد ذکرنا أنها لا تؤثر مع وجود الخارج.

وأما الصور الثلاث التی ذکرها صاحب (الجواهر) :

فالاولی: أن یکون لمدّعی الکلّ فقط بینته، وحینئذ، فهو خارج بالنسبه إلی ما فی ید الآخرین، فیحکم له ببینه ویکون الکلّ له.

والثانیه: أن یکون لمدّعی الثلث فقط بینه، وحینئذ، یأخذ ما فی یده من غیر یمین إن قلنا بکفایه البینه عنه. وفی (کشف اللثام) : « أخذه - أی الثلث - الذی بیده أو الذی بأیدی الباقین» والباقی یکون بین الآخرین، لمدّعی الکلّ السدس من الباقی بغیر یمین لعدم المنازع له فیه، ویحلف علی السدس الآخر الذی یدّعیه الآن مدّعی النصف علیه، کما أن مدّعی النصف یحلف علی جمیع ما یأخذه من السدسین لمدّعی الکلّ الذی یدّعیهما علیه.

والثالثه: أن یکون لمدّعی النصف فقط بینه، فإنه یأخذ من کلّ من الآخرین نصف سدس، فیتمّ له مع ما فی یده النصف الذی یدّعیه، ثم إن النصف الباقی یقسّم بین الآخرین بالتساوی، فیکون لکلّ منهما سدس ونصف، أی لکلٍّ (۳) من (۱۲)

قاله فی (الجواهر) (۱).

وفیه: إنه بعد ما أخذ مدّعی النصف نصفه، یکون السدس من النصف الباقی خارجاً عن النزاع، فیکون لمدّعی الکلّ، ویبقی النزاع فی السدسین الباقیین وهی الأربعه التی بید مدعی الثلث، فإن کلّاً من مدّعی الکلّ ومدّعی الثلث یدّعیه، وحیث لا بینه یقسّم بینهما بالتنصیف، فیتحصل من ذلک أنه یعطی لمدّعی النصف (۶) ولمدّعی الکلّ (۴) ولمدّعی الثلث (۲) ، فما ذکره قدّس سرّه لا یتم علی مذهب المشهور ولا علی مذهب ابن الجنید.

وقال کاشف اللثام: إنه بناء علی عدم سماع بینه الداخل، یأخذ مدّعی النصف إن أقام البینه ثلاثه من مدّعی الکلّ، وثلاثه من مدّعی الثلث، ویرفع الید عن الثلث - أی الأربعه - الذی فی یده لهما.

وکذا قال فیما لو أقام مدّعی الثلث البینه وأسقطنا بیّنه الداخل.

لکنّ القدر المتیقن من تقدّم الخارج علی الداخل هو أن یکون الشیء المتنازع فیه مفروزاً غیر مشاع، وأما فیما نحن فیه، تکون الدعوی علی الحق المشاع فی مورد الدار، قال فی (الجواهر) : وقد یناقش فیه بأنه لا یتم ذلک فی المشاع، بل مناف لما تسمعه من إقامه کلّ منهم البینه المنزّله علی ما فی یده إلا ما زاد علیه، علی أن البینه لا تزید علی إثبات المشاع الذی کانت تقتضیه الید، وکأن الذی أحوجه إلی ذلک ذکرهم البینه هنا. وظاهرهم عدم الإحتیاج معها إلی یمین، مع معروفیّه تقدیم بینه الخارج عندهم، کمعروفیه عدم الإکتفاء بها عن الیمین فی الداخل، ومع هذه المقدمات یقتضی تنزیل مفاد البینه علی الخارج بالتقریر الذی ذکره.

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۴۸۹.

إلاـ أن ذلك كلّه كما ترى، بل كلام الأصحاب فيما لو أقام كلّ منهم البينه كالصريح فى خلافه، فلا محيص عن حمل كلامهم هنا على تقدير تقديم بينه الداخل أو على الاكتفاء بها عن اليمين، أو التزام اليمين على ما فى اليد، فتأمل (۱).

أقول: لعلّ وجهه: إن وجود الفرق بين الأجزاء المشاعه والأجزاء المنحاز بعضها عن بعض واضح، لأنه فى المشاع لما يضع الثلاثه أيـديهم يكون بيـد كـلّ ثلث عرفـاً، إلاـ أنه لاـ يملـك كـلّ واحـد ما كان تحت يـده، بل تعتبر السـلطنه لكلّ على الثلث المشاع، ويعرض كـلّ ثلث مـا يعرض المشـاع، كجواز بيع السـهم المشاع فى كلّ الأجزاء. فمن قال بحجيّه بينه ذى اليـد فـدليله العمومات وهى هنا تتقدّم بتأيّدها باليد، ومن قال بتقدم بينه الخارج فدليله التفصيل فى الحديث، لكونه قاطعاً للشركه.

لكن الملاك الموجود فى الجزء المنحاز موجود فى هذا المقام، فيكون جواب (الجواهر) عن كلام كاشف اللثام فيه تأمل، أى، يمكن أن يقول العلماء فى الثلث المشاع كقولهم فى المنحاز، لوحده الملاك.

ولو كـانت يـدهم جميعاً خارجه، واعترف ذو اليـد بأنه لا يملكها ولا بينه، فللمسـتوعب النصف، لعـدم المنازع له فيه من كلّ من مـدّعى النصف والثلث، ويقرع فى النصف الآـخر، فـإن خرجت لمـدّعى الكلّ أو للثانى حلف وأخـذ، وإن خرجت للثالث حلف وأخذ الثلث، ثم يقرع بين الآخرين فى السدس، فمن خرج حلف وأخذ.

ولو أقام أحدهم خاصّه بينه، فإن كانت لمدّعى الكلّ أخذ الجميع، وإن

ص:۷۵۶

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۴۸۶.

أقامها مـدّعى النصف أخـذه، ويبقى لمـدّعى الكلّ السـدس بغير منازع، والثلث يتنازع فيه مع مدّعيه، والحكم فيه كما لو لم تكن بينه، ولو أقامها مدّعى الثلث أخذه ولمدّعى الكلّ السدس أيضا بغير منازع، والنصف يقرع فيه بين مدّعيه ومدّعى الكلّ.

وإن أقام كلّ منهم بينه وتساوت، فالنصف لمـدّعى الكلّ، لعـدم المنازع له فيه، والسـدس الزائـد على الثلث يتنازعه مـدّعى الكلّ ومـدّعى النصف، وقـد تعـارضت فيه بيّنتاهمـا، والثلث يـدّعيه الثلاثه وقـد تعارضت فيه البينات الثلاث، فيقرع بين المتنازعين فيما تنازعوا فيه، فمن خرج اسـمه حلف وأخـذ، وإن نكلوا اقتسـموا المتنازع فيه، فيقسم مـدّعى الكلّ ومـدّعى النصف السدس بينهما نصـفين، لأنهمـا يتنازعـان فيه، دون مـدّعى الثلث، وأمـا الثلث فيقتسـمونه أثلاثـاً بينهم، فيكون لمـدّعى الكـلّ النصف بلاـ منازع ونصف السدس وثلث الثلث ولمدّعى النصف ثلث الثلث ونصف السدس، ولمدّعى الثلث ثلث الثلث خاصه وهو التسع.

وتصح فى سته وثلاثين، للمستوعب خمسه وعشرون: ثمانيه عشر بلا نزاع، وثلاثه نصف السدس الزائد، وأربعه ثلث الثلث.

ولمدّعى النصف سبعه: ثلاثه نصف السدس، وأربعه ثلث الثلث.

ولمدّعى الثلث أربعه، ثلث الثلث.

وأما على العول الـذى ذهب إليه ابن الجنيـد فتصـح فى أحـد عشـر: لمـدّعى الكلّ سـته، ولمـدّعى النصف ثلاثه، ولمدّعى الثلث ثلثان، لأن فريضتهم من سته، ويعال عليها نصفها وثلثها.

ص:٧٥٧

حكم ما لو كانت فی يد أربعه. . .

قال المحقق قدّس سرّه: « ولو كانت فی يد أربعه، فادّعی أحدهم الكلّ والآخر الثلثين والثالث النصف والرابع الثلث، ففی يد كلّ واحد ربعها، فإن لم تكن بينه قضينا لكلّ واحد بما فی يده، وأحلفنا كلّاً منهم لصاحبه» (۱).

أقول: أی: أنه فی صوره عـدم البينه لمّا كان لكلّ واحد منهم يد علی ربع العين، فإن اليد مع اليمين حجه، فحجه كلّ واحد منهم حينئذ معارضه بحجّه الآخر، فلا شیء لأحدهم بلا منازع.

قال: « ولو كانت يدهم خارجه ولكلّ بينه، خلص لصاحب الكل الثلث، إذ لا مزاحم له» (۲).

أقول: قال فی (الجواهر) : مع تداخل الدعاوی بعضـها فی بعض وإراده القضاء فيها أجمع، لا أن له ذلك علی كلّ حال، حتی لو أراد رفع اليد عن الدعوی أو كانت الدعاوی مترتبه وكان القضاء بين كلّ واحده مع الاخری مستقلّاً، إلا مع إقرار المدّعی بالثلث مثلاً أن له ذلك فی النصف المدّعی به مثلاً (۳).

قال: « ويبقی التعارض بين بينه مدّعی الكلّ ومدّعی الثلثين فی السدس، فيقرع بينهما فيه» (۴).

أقول: قـد عرفت مراراً أن القرعه تكون مع تساوی البينتين عـدداً وعداله، وحينئذ فمن خرج اسـمه حلف وأخذ وإلا حلف الآخر، فإن امتنعا قسّم بينهما نصفين.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۷.
۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۷.
۳- ۳) جواهر الكلام ۴۰: ۴۸۹.
۴- ۴) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۷.

قال: « ثم يقع التعارض بين بينه مدّعى الكلّ ومدّعى الثلثين ومدعى النصف فى السدس أيضاً، فيقرع بينهم فيه» (۱).

أى: على ما تقدم من اشتراط التساوى. . .

قال: « ثم يقع التعارض بين الأربعه فى الثلث فيقرع بينهم، ويختص به من تقع القرعه له، ولا يقضى لمن يخرج اسمه إلا مع اليمين» .

فإن قيل: إذا كان المرجع هو القرعه، فإن من الممكن أن تخرج القرعه لمدّعى الكلّ فى كلّ مره.

فأجاب المحقق قدّس سرّه بقوله: « ولا يستعظم أن يحصل بالقرعه الكلّ لمدّعى الكلّ، فإن ما حكم اللّه تعالى به غير مخطئ» .

قال: « ولو نكل الجميع عن الأيمان، قسمنا ما يقع التدافع فيه بين المتنازعين فى كلّ مرتبه بالسويه» .

هذا هو الحكم فى كيفيه القسمه.

قال: فتصح القسمه من سته وثلاثين سهماً:

« لمدّعى الكلّ عشرون» اثنا عشر بلا نزاع، وثلاثه نصف السدس الذى تنازع فيه مع مدّعى الثلثين، واثنان ثلث السدس الذى تنازع فيه معه أيضاً ومع مدّعى النصف، وثلاثه ربع الثلث الذى تنازع فيه مع الجميع.

« ولمدّعى الثلثين ثمانيه» ثلاثه نصف السدس الذى تنازع فيه مع مدّعى الكلّ، واثنان ثلث السدس الذى تنازع فيه معه أيضاً ومع مدّعى النصف، وثلاثه ربع الثلث الذى تنازع فيه مع الجميع.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۷.

« ولمـدّعى النصف خمسه» اثنان ثلث السـدس الذى تنازع فيه مدعى الجميع ومدعى الثلثين، وثلاثه ربع الثلث الذى تنازع فيه مع الجميع.

« ولمـدّعى النصف خمسه» اثنـان ثلث السـدس تنـازع فيه مـدّعى الجميع ومـدّعى الثلـثين، وثلاـثه ربع الثلث الـذى تنـازع فيه مع الجميع.

« ولمدّعى الثلث ثلاثه» ربع الثلث الذى تنازع فيه مع الجميع.

هذا إن أقام كلّهم بينه.

وإنْ أقام أحدهم فقط بينه حكم له.

هذا كلّه مع خروج المدّعى به عن أيديهم.

قال المحقق: « ولو كان المدّعى فى يد الأربعه، ففى يد كلّ واحد ربعها، فإذا أقام كلّ واحد منهم بينه بدعواه، قال الشيخ: يقضى لكلّ واحد بالربع، لأن له بينه و يداً» (۱).

أى: بناء من الشيخ على تقديم بينه الداخل على الخارج.

« والوجه: القضاء ببينه الخارج على ما قررناه» فيما سبق.

وعلى المختار: « فيسـقط اعتبار بينه كلّ واحـد بالنظر إلى ما فى يـده، ويكون ثمرتها فيما يـدّعيه مما فى يد غيره، فيجمع بين كلّ ثلاـثه على مـا فى يـد الرابع وينتزعه لهم، ويقضـى فيه بالقرعه واليمين، ومع الامتناع بالقسـمه، فيجمع بين مـدّعى الكلّ والنصـف والثلث على ما فى يد مدّعى الثلثين، وذلك ربع اثنين وسبعين» .

لأنا نريد عدداً لربعه ثلث وتسع ولتسع ربعه نصف، والاثنان والسبعون كذلك.

ص:۷۶۰

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۸.

« وهو» أى الربع ثمانيه عشر.

فمدّعى الكلّ يدّعيها أجمع، ومدعى النصف يدعى منها سته، ومدّعى الثلث يدّعى اثنين.

وعلى هـذا: « فتكون عشره منها لمدّعى الكلّ لقيام البينه بالجميع الذى تدخل فيه العشره، ويبقى ما يدّعيه صاحب النصف وهو سته يقرع بينه وبين مدّعى الكلّ فيها ويحلف» أى من خرج اسمه ويأخذ، وإن امتنع حلف الآخر وأخذ « ومع الامتناع يقسّم بينهما» نصفين كما عرفت.

« وما يدعيه صاحب الثلث وهو اثنان يقرع عليه بين مدّعى الكلّ وبينه، فمن خرج اسمه أُحلف وأُعطى، ولو امتنعا قسّم بينهما» نصفين كما عرفت.

« ثم يجمع دعوى الثلاثه على ما فى يد مدعى النصف، فصاحب الثلثين يدّعى عليه عشره» وذلك، لأنه يدّعى الثلثين وهو ثمانيه وأربعون - من الاثنين والسبعين - وبيده ثمانيه عشر، فالباقى له ثلاثون، على كلّ من الثلاثه الآخرين عشره.

« ومدعى الثلث يدّعى اثنين، ويبقى فى يده» أى فى يد مدّعى النصف وهو الثمانيه عشر « سته لا يدّعيها إلا مدّعى الجميع، فتكون» أى السته « له» أى لمدّعى الكلّ، لقيام البينه على الجميع الذى تدخل فيه « ويقارع الأخيرين» أى فى العشره والاثنين « ثم يحلف» من يخرج اسمه ويأخذ وإلا فالآخر « وإن امتنعوا أخذ نصف ما ادّعياه» من كلّ واحد منهما، فيأخذ من العشره خمسه ومن الاثنين واحداً.

« ثم يجتمع الثلاثه على ما فى يد مدّعى الثلث وهو ثمانيه عشر، فمدّعى الثلثين يدّعى منه عشره، ومدّعى النصف يدّعى سته، ويبقى اثنان لمدّعى الكل

ويقارع على ما أفرد للآخرين، فإن امتنعوا عن الأيمان قسّم ذلك بين مدّعى الكل وبين كلّ واحد منهما بما ادّعاه» .

« ثم تجتمع الثلاثه على ما فى يـد مـدّعى الكل» وهو ثمانيه عشر « فمـدّعى الثلثين يـدّعى عشـره، ومـدّعى النصف يـدّعى سته، ومدّعى الثلث يدّعى اثنين، فتخلص يده عمّا كان فيها» لأن ذلك تمام ثمانيه عشر.

« فيكمل لمدّعى الكلّ سته وثلاثون من أصل اثنين وسبعين» وذلك أربعه عشر مما فى يد مدّعى الثلثين، واثنا عشر مما فى يد مدّعى النصف، وعشره ممّا فى يد مدّعى الثلث.

« ولمـدّعى الثلثين عشـرون» وذلك خمسه مما فى يـد مدّعى النصف وخمسه اخرى مما فى يد مدّعى الثلث، وعشـره مما فى يد مدّعى الكلّ.

« ولمدّعى النصف اثنا عشر» وذلك ثلاثه مما فى يد مدّعى الثلثين وثلاثه اخرى مما فى يد مدّعى الثلث، وسته مما فى يد مدّعى الكلّ.

« ولمدّعى الثلث أربعه» ، وذلك اثنان مما فى يد مدّعى الكل، واثنان مما فى أيدى الباقين.

« هذا إن امتنع صاحب القرعه عن اليمين ومنازعه» (۱)وإلا كان الحاصل غير ذلك.

هذا إن أقام كلّ منهم بينه.

ولو أقام أحدهم خاصه بينه حكم له كما هو ظاهر.

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ١١٩. وفيه: من اليمين ومقارعيه.

المسأله السابعه: (حكم تداعی الزوجين متاع البيت)

اشاره

قال المحقق قدّس سرّه: « إذا تداعی الزوجان متاع البيت قضی لمن قامت له البينه، وإن لم تكن بينه فيد كلّ واحد منهما علی نصفه. قال فی المبسوط: يحلف كلّ منهما لصاحبه. . . وقال فی الخلاف: ما يصلح للرجال للرجل وما يصلح للنساء للمرأه وما يصلح لهما يقسّم بينهما، وفی روايه إنه للمرأه. . . وما ذكره فی الخلاف أشهر فی الروايات وأظهر فی الأصحاب» (۱).

أقول: إذا تداعی الزوجان متاع البيت، بأن ادّعی كلّ منهما ملكيه المتاع الموجود فی بيتهما، فإما تكون بينه وإما لا تكون، فإن كانت، قضی بالمتاع لمن قامت له البينه، سواء كان الرجل أو المرأه، بلا خلاف كما فی (الجواهر) عن (الرياض) .

وإن لم تكن بينه، فيد كلّ واحد من الزوجين تكون علی نصف المتاع الذی فی يدهما، لكن كلًا منهما يدّعی النصف الآخر فما هو الحكم؟

فی المسأله ثلاثه أقوال أو أربعه، ومنشأ تعدد الأقوال والخلاف بين الأصحاب، هو اختلاف أخبار المسأله، والأقوال ثلاثه منها للشيخ:

فالأول: إنه يحلف كلّ منهما للآخر، كغير المتاع من الأشياء حيث يتداعی

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۹.

فیه اثنان أو أکثر، مع کون الشی فی أیدیهما « سواء کان مما یختص بالرجال أو النساء أو یصلح لهما، وسواء کانت الدار لهما أو لأحدهما، وسواء کانت الزوجیه باقیه أو زائله، ویستوی فی ذلک تنازع الزوجین والوارث» وهذا ما قاله الشیخ فی (المبسوط) (۱)وتبعه العلّامه فی (القواعد) ، وفخر المحققین فی (الإیضاح) کما فی (الجواهر) ، وقد أشرنا إلی دلیله.

والثانی: إن ما یصلح للرجال للرجل وما یصلح للنساء للمرأه وما یصلح لهما یقسم بینهما، وهذا ما قاله الشیخ فی (الخلاف) وتبعه العلامه فی (التحریر) ، والشهید فی (الدروس) ، بل فی (المسالک) نسبته إلی الأکثر، بل عن (الخلاف) (۲)و (السرائر) الإجماع علیه.

ویدل علیه - مع الإجماع المذکور - عدّه أخبار، عمدتها صحیح النخاس الآتی.

والثالث: إن المتاع کلّه للمرأه « لأنها تأتی بالمتاع من أهلها» وهذا ما أفتی به الشیخ فی (الإستبصار) (۳)کما فی (الجواهر) ، ویدل علیه صحیح عبد الرحمن بن الحجاج الآتی.

فهذه ثلاثه أقوال، وقد اختار المحقق هنا وفی (النافع) (۴)القول الثانی منها، ونسبه فی (نکت النهایه) إلی المشهور.

ص:۷۶۴

۱- ۱) المبسوط فی فقه الامامیه ۸: ۳۱، قواعد الأحکام ۳: ۴۷۰، إیضاح الفوائد ۴: ۳۸۰.

۲- ۲) کتاب الخلاف ۶: ۳۵۲ مسأله ۲۷، السرائر فی الفقه ۲: ۱۹۳، تحریر الأحکام ۵: ۲۰۸، الدروس الشرعیه ۲: ۱۱۱.

۳- ۳) الاستبصار ۳: ۴۷.

۴- ۴) المختصر النافع: ۲۸۵، نکت النهایه ۲: ۸۳.

وعن العلامه فی (المختلف) الرجوع فی المسأله إلی العرف والعاده حیث قال: « والمعتمد أن نقول: إنه إن کان هناک قضاء عرفی یرجع إلیه ویحکم به بعد الیمین، وإلا کان الحکم فیه کما فی غیره من الدعاوی. . .

لنا: إن عاده الشرع فی باب الدعاوی بعد الاعتبار والنظر راجعه إلی ما ذکرنا، ولهذا حکم بقول المنکر مع الیمین بناء علی الأصل، وبأن المتشبث أولی من الخارج، لقضاء العاده بملکیه ما فی ید الإنسان غالباً، وحکم بإیجاب البیّنه علی من یدّعی خلاف الظاهر والرجوع إلی من یدّعی الظاهر، وأما مع انتقاء العرف فلتصادم الدعویین مع عدم الترجیح لأحدهما فتساویا فیها. . .

واعلم أن ما رواه الشیخ من الأحادیث یعطی ما فصّلناه نحن أولاً، ویدل علیه حکمه علیه السلام بأن العاده قاضیه بأن المرأه تأتی بالجهاز من بیتها فحکم لها به، وإن العاده قاضیه بأن ما یصلح للرجال خاصه فإنه یکون من مقتضیاته دون مقتضیات المرأه، وکذا ما یصلح للمرأه خاصه یکون من مقتضیاتها دون مقتضیات الرجل، والمشترک یکون للمرأه، قضاءاً لحق العاده الشائعه، ولو فرض خلاف هذه العاده فی وقت من الأوقات أو صقع من الأصقاع لم یحکم لها» (۱).

وهذا الذی ذکره العلامه جعله فی (المسالک) قولاً رابعاً فی المسأله، لکن صاحب (الجواهر) أرجعه إلی القول الثانی، فقال بعد أن أورد عباره (المختلف) : « إن مبناه أوّلاً وآخراً الرجحان الناشیء من العاده ولو لکون الشیء لا یصلح إلا لأحدهما فإن العاده قاضیه بذلک، فمرجع کلام المشهور حینئذ إلی ذلک، خصوصاً بعد تصریح ابن ادریس - الذی قد عرفت دعواه الإجماع علی ذلک فیما حکی عنه -

---

۱- ۱) مختلف الشیعه فی أحکام الشریعه ۸: ۴۱۱.

بذلک» (۱).

وفی (الجواهر) عن (التنقیح) إنه بعد أن اختار القول الأول قال: « لتکافؤ الدعویین من غیر ترجیح، ولأن الحکم بما یصلح له لو کان حقاً لزم الحکم بمال شخص معین لغیره لکونه صالحاً لذلک الغیر، وهو باطل. بیان اللزوم: إنه جاز أن یموت للمرأه أب أو أخ فترث منه عمائم وطیالسه ودروعاً وسلاحاً، وتموت للرجل اُم أو اُخت فیرث منها حلیّاً ومقانع وقمصاً مطرزه بالذهب، ویکون ذلک تحت أیدیهما، فلو حکم لکلّ بما یصلح له لزم الحکم بمال الإنسان لغیره.

لا یقال: قال النبی صلّی اللّه علیه وآله وسلّم: نحن نحکم بالظاهر، واللّه أعلم بالسرائر، وما ذکرنا هو الظاهر.

لأنا نقول: نمنع أن ذلک هو الظاهر، لأن الظاهر راجح غیر مانع من النقیض، ومع ما ذکرنا من الاحتمال لا رجحان.

وأما ما ذکره العلامه من العرف، فممنوع، لأنه لو کان قاعده شرعیه لزم الحکم بذلک فی غیر الزوجین لو حصل التداعی بین رجل وامرأه فی متاع هذا شأنه، وهو باطل» (۲).

أقول: أما منعه کون الظاهر ذلک فممنوع، وکذا منعه ما ذکره العلامه، والالتزام بما ذکره من اللازم غیر بعید.

وأما إشکال (الجواهر) علی قول العلامه بأن « کلامه عند التأمل فی غایه البعد، إذ حاصله استفاده الحکم الشرعی من الحکم العادی، وهو واضح الفساد،

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۴۹۷.

۲- ۲) التنقیح الرائع فی شرح مختصر الشرائع ۴: ۲۷۸ - ۲۷۹. جواهر الکلام ۴۰: ۴۹۸.

ضروره عدم مدخليه للعاده فی الأحكام الشرعیّه. . . وبالجمله: كلامه لا یرجع إلی حاصل ینطبق علی القواعد الشرعیه الموافقه لاصول الإمامیه، وإن مال إلیه جماعه ممن تأخّر عنه» (۱).

ففیه: إنه إن كان مراد العلامه كون السیره العقلائیه علی ذلك، وأنها حجه مع عدم الردع، فیجوز الرجوع إلیها والتعویل علیها، فالإشكال غیر وارد، بل قوله علیه السلام « قد علم من بین لابتیها. . .» (۲)یقتضی الإمضاء، فما المانع من أن یكون المتعارف هنا حجه؟

وأما أخبار المسأله، فقد عرفت أن عمدتها صحیح النخاس الدالّ علی القول الثانی، وهو عن الصادق علیه السلام إنه قال « إذا طلّق الرجل امرأته وفی بیتها متاع فلها ما یكون للنساء، وما یكون للرجال والنساء یقسّم بینهما. قال: وإذا طلّق الرجل المرأه فادّعت أن المتاع لها، وادّعی الرجل أن المتاع له، كان له ما للرجل ولها ما للنساء» (۳).

وصحیح عبد الرحمن بن الحجاج الدالّ علی القول الثالث، قال: « سألنی أبو عبد اللّٰه علیه السلام كیف قضی ابن أبی لیلی؟ قلت: قد قضی فی مسأله واحده بأربعه وجوه، فی التی یتوفّی عنها زوجها فیجیٔ أهله وأهلها فی متاع البیت، فقضی

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۵۰۰.

۲- ۲) تهذیب الأحكام۶: ۲۹۷/۸۲۹.

۳- ۳) وعن أبی عبد اللّٰه علیه السلام فی امرأه تموت قبل الرجل أو رجل یموت قبل المرأه. قال: ما كان من متاع النساء فهو للمرأه وما كان من متاع الرجال والنساء فهو بینهما ومن استولی علی شیء منه فهو له. وعن زرعه عن سماعه قال: « سألته عن رجل یموت، ماله متاع البیت؟ قال: السیف والسلاح والرجل وثیاب جلده» وسائل الشیعه ۲۶: ۲۱۶/۴. أبواب میراث الازواج، الباب ۸.

فيه بقول إبراهيم النخعى: ما كان من متاع الرجل فللرجل، وما كان من متاع النساء فللمرأه، وما كان من متاع يكون للرجل والمرأه قسّمه بينهما نصفين.

ثم ترک هذا القول فقال: المرأه بمنزله الضيف فى منزل الرجل، لو أن رجلا أضاف رجلاً فادًعى متاع بيته كلّف البينه، وكذلک المرأه تكلّف البينه، وإلا فالمتاع للرجل.

ورجع إلى قول آخر فقال: القضاء أن المتاع للمرأه إلا أن يقيم الرجل البينه على ما أحدث فى بيته.

ثم ترک هذا القول، ورجع إلى قول إبراهيم الأول.

فقال أبو عبد اللّه عليه السلام: القضاء الأخير وإن كان رجع عنه، المتاع متاع المرأه إلا أن يقيم الرجل البينه، قد علم من بين لابتيها يعنى: بين جبلى منى - إن المرأه تزفّ إلى بيت زوجها بمتاع - ونحن يومئذ بمنى -» (۱).

ووجه الجمع بينهما: إن دعوى الرجل ملكيه ما يصلح للرجل تحتاج إلى إثبات، لأن المتاع الذى تأتى المرأه به إما ملک لها وإما باق على ملک أبيها، فلو ادّعى التمليک له بهبه أو نحوها كان عليه الإثبات.

ولا يمكن تقييد ملكيه المرأه أو أبيها بغير ما يصلح للرجل، لكن العكس صحيح بأن نقول: كلّ ما يصلح للرجال فللرجل، إلا إذا كانت المرأه قد جاءت به من بيت أهلها.

وأما قوله عليه السلام فى ذيل خبر النخّاس: « ومن استولى على شىء فهو له» فيمكن أن يكون المراد منه نفس المراد من صدره، أو يراد منه أمر آخر، وهو

۱- ۱) تهذيب الأحكام ۶: ۲۹۸ وانظر ما بعده.

أنه لو كان بعض المتاع بيـد أحـدهما خاصه فهو له، فيكون حاصل الجمع: إن ما كان تحت يـد أحدهما الخاصه دون اليد البيتيه فهو له، ثم يقضـى فى الباقى بكون ما يصـلح للرجال للرجل وما يصـلح للمرأه فلها، والمشتركات تقسّم، والأقرب ظهوره فى هذا المعنى.

وهذا الذى ذكرناه فى الجمع بين الخبرين هو مقتضى العرف والعاده.

وهذا هو الحكم سواء كان النزاع بين الزوجين أو بين ورثه أحدهما مع الآخر.

حكم ما لو ادعى أبو الميته أنه أعارها بعض المتاع

قال المحقق: « ولو ادّعى أبو الميته أنه أعارها بعض ما فى يدها من متاع أو غيره، كُلّف البينه كغيره من الأنساب» (١).

أى: لعمومات البينه على المدّعى واليمين على المدّعى عليه.

قال: « وفيه روايه بالفرق بين الأب وغيره ضعيفه» (٢).

أقول: هى ضـعيفه عنـد المحقق، وذلك على احتمال فى (الكافى) و (التهـذيب) ، وهى فى (الفقيه) صـحيحه جزماً على ما قيل كما فى (الجواهر) (٣).

وهى روايه جعفر بن عيسـى قـال: « كتبت إلى أبى الحسن - يعنى: على بن محمـد - المرأه تموت فيـدّعى أبوهـا أنه كان أعارها بعض ما كان عندها من متاع

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ١٢٠.

٢- ٢) شرائع الإسلام ۴: ١٢٠.

٣- ٣) جواهر الكلام ۴٠: ۵٠١. الكافى ٧: ۴٣١/١٨. تهذيب الأحكام ۶: ٢٨٩/٨٠٠. من لا يحضره الفقيه ٣: ١١٠/٣۴٢٩.

وخدم، أتقبل دعواه بلا بينه أم لا تقبل دعواه بلا بينه؟ فكتب إليه عليه السلام: يجوز بلا بينه.

قال: وكتبت إليه: إن ادّعى زوج المرأه الميته أو أبو زوجها أو اُم زوجها فى متاعها وخدمها مثل الذى ادّعى أبوها من عاريه بعض المتاع والخدم، أيكون فى ذلك بمنزله الأب فى الدعوى؟ فكتب: لا» (۱).

وقد أطنب ابن ادريس فى ردّها بوجوه، فقال ما نصّه: «ولقد شاهدت جماعه من متفقهه أصحابنا المقلدين لشواذ الكتاب يطلقون بذلك، وأن أبا الميته لو ادّعى كلّ المتاع وجميع المال كان قوله مقبولاً بغير بينه، وهذا خطأ عظيم فى هذا الأمر الجسيم، لأنهم إن كانوا عاملين بهذا الحديث فقد أخطأوا من وجوه:

أحدها: إنه لا يجوز العمل بأخبار الآحاد عند محصّلى أصحابنا، على ما كرّرنا القول فيه وأطلقناه.

والثانى: إن من يعمل بأخبار الآحاد لا يقول بذلك ولا يعمل به إلا إذا سمعه من الراوى من الشارع.

ص:۷۷۰

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۹/۱. أبواب كيفيه الحكم الباب ۲۳. عن الكلينى عن محمد بن جعفر الكوفى يعنى الأسدى عن محمد بن إسماعيل عن جعفر بن عيسى. قال: ورواه الشيخ بإسناده عن محمد بن يعقوب. ورواه الصدوق بإسناده عن محمد بن عيسى عن أخيه جعفر بن عيسى. فأما احتمال الضعف فى طريق الكافى والتهذيب فالظاهر أنه من جهه «محمد بن إسماعيل وهو البرمكى» بناء على اعتبار جرح ابن الغضائرى لكن عن النجاشى: «ثقه مستقيم» . وأما الجزم بصحه طريق الفقيه، فإنّ إسناد الصدوق إلى محمد بن عيسى - وهو «ابن عبيد» - صحيح، وأن هذا الرجل ثقه عند النجاشى، وقوله مقدّم على قول الشيخ لدى التعارض، إن لم يسقط تضعيف الشيخ هنا لابتنائه على ما ذكره شيخنا الجد المامقانى، وإن أخاه «جعفر بن عيسى» ثقه. . .

والثالث: إن الحديث ما فيه إنه ادّعى أبوها جميع متاعها وخدمها، وإنما قال لبعض ما كان عندها، ولم يقل لجميع ما كان عندها.

ثم إنه مخالف لأصول المـذهب ولما عليه إجماع المسـلمين أن المـدّعى لا يعطى بمجرد دعواه. . . ثم لم يورد هـذا الحديث إلا القليل من أصـحابنا، ومن أورده فى كتابه لا يورده إلا فى باب النوادر، وشـيخنا المفيد وسـيدنا المرتضى لم يتعرّضا له ولا أورداه فى كتبهمـا، وكـذلك غيرهمـا من محققى أصـحابنا، وشـيخنا أبو جعفر مـا أورده فى كتبه بـل فى كتـابين منها فحسب، إيراداً لا اعتقاداً، كما أورد أمثاله من غير اعتقاد لصحته. . .

ثم شيخنا أبو جعفر الطوسى رجع عنه وضعّفه فى جواب المسائل الحائريات المشهوره عنه المعروفه. . .» (۱).

قلت: لكن هذه الوجوه بعضها مبنى على مسلكه، وبعضها غير وارد، لأنه خلاف الظاهر.

وكون الروايه مطابقه للقاعـده الشـرعيه غير بعيـد، فإذا أعطى الأب شـيئاً إلى ابنته فى تجهيزها وغيره، فادّعت تمليكه ذلك إياها، فأنكر الأب ذلك، كان القول قوله، لأن الأصل عدم انتقال الملك.

نعم، لو انتقـل مـا كـان بيـدها إلى ورثتها، ووقع النزاع بينهم وبين الأب، فقالوا: هـذا لاُمّنا وهو لنا الآن بالإرث، فقال الأب: هو لى ولم أملّكها المال، كان الأب مدّعياً وكان عليه إقامه البينه.

فعلى الوجه الأول تكون الروايه مطابقه للقاعده، وعلى الثانى مخالفه.

والظاهر هو الأول، لأنهم يقرّون بإعطاء الأب المال لاُمّهم.

ص:۷۷۱

۱- ۱) السرائر فى الفقه ۲: ۱۹۲.

الكلام فی: دعوی المواریث

وفیه مسائل:

المساله الأولی: (لو مات المسلم عن ابنین فتصادقا علی إسلام

اشاره

أحدهما قبل الموت واختلفا فی الآخر)

قال المحقق قدّس سرّه: « لو مات المسلم عن ابنین، فتصادقا علی تقدّم إسلام أحدهما علی موت الأب، وادّعی الآخر مثله فأنکر أخوه، فالقول قول المتفق علی إسلامه مع یمینه أنه لا یعلم أن أخاه أسلم قبل موت أبیه» (۱).

أقول: لو مات المسلم عن ابنین مثلًا، فتصادق الابنان علی إسلام أحدهما فی حال حیاه الأب، وادّعی الآخر نفس الدعوی لکی یشترک معه فی الإرث، فأنکر أخوه ذلک، فالقول قول المتفق علی إسلامه قبل موت الأب مع یمینه علی عدم العلم بالنسبه إلی إسلام أخیه قبل موت الأب. کذا ذکره من تعرّض لهذه المسأله کما فی (الجواهر) .

وفی المسأله ثلاث صور:

۱ - الجهل بتاریخ موت الأب وإسلام الابن المختلف فیه معاً.

۲ - أن یکون تأریخ موت الأب معلوماً، وتاریخ إسلام الابن المختلف فیه مجهولاً.

۳ - أن یکون تأریخ إسلام الابن المختلف فیه معلوماً، وتاریخ موت الأب مجهولاً.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۰.

أمـا الصوره الاـولى: فلا ريب فى إرث المتفق عليه دون الآخر، لأن إسـلامه مسـبوق بالكفر وتأريخه مجهول، فيستصـحب عـدمه حتى موت الأب، ويكون أثر هذا الإستصـحاب شـرعاً عدم استحقاق الولد الذى لم يثبت إسلامه عند موت الأب، والمفروض أن لا وارث غيره إلا المتفق عليه، فيستقل بالتركه بحسب أدله الإرث.

ولا يعارضه استصحاب عدم الموت حتى زمان الإسلام، لأن هذا الإستصحاب ليس بحجه، لأنه مثبت.

وأما فى الصوره الثانيه فكذلك، فإنه يجرى الاستصحاب، ويترتب عليه الأثر الشرعى المذكور.

وأشـكل فى (الجواهر) فى الحكم المـذكور المبتنى على الاستصـحاب من جهتين: إحداهما: إن ظاهر الكون فى دار الإسـلام هو إسلام الابن، وهذا الظاهر مقدم على الأصل أعنى الإستصحاب. والثانيه: بأن الإرث تقتضيه القرابه حسب الأدله فى كتاب الإرث، والكفر مـانع عن الاسـتحقاق، فـإذا وجـد المقتضـى - وهـو هنـا الولـديه - وشـك فى المـانع - وهو الكفر - أثر المقتضـى أثره، فيستحق المختلف فيه الإرث كأخيه (١).

وفى كلتا الجهتين نظر، أما الاولى: فإن كون الإسـلام ظاهر من فى دار الإسـلام صحيح، لكنه يقتضى الحكم بإسلام من كان فيها مع الجهـل بحاله، وأما من كان مسـبوقاً بالكفر يقيناً - كما فى مفروض المسأله - فلا يقتضـى كونه فى دار الإسـلام إسـلامه، فلا ظاهر فى مقابل الأصل فى هذا المقام.

ص:٧٧۶

١- ١) راجع جواهر الكلام ۴٠: ۵٠۴.

وأما الثانيه: فإن قاعده المقتضى والمانع - بناء على تماميتها - تجرى فى صوره عدم جريان استصحاب المانع، مثلًا: إذا تمّ استصحاب الفسق لا يتحقق للأب ولايه عند الشك فى ثبوتها، مع أن نفس الابوه مقتضيه للولايه.

على أن أدلّه إرث الولد مخصصه بعدم كفره - سواء كان الكفر مانعاً أو كان الإسلام شرطاً - ومع الشك فى إسلام الولد فى حال موت الأب يكون التمسك بأدلّه الإرث من التمسک بالعام فى الشبهه المصداقيه.

فالحق ما ذهب إليه المشهور، وإن الإستصحاب يفيد الحكم بعدم الإرث، أى: إن نفس عدم الإسلام كاف لعدمه.

قال المحقق: «وكذا لو كانا مملوكين فأُعتقا واتفقا على حريّه أحدهما واختلفا فى الآخر» (۱).

أى إن ذلک نظير الصورتين المذكورتين، والحكم نفس الحكم، لجريان الاستصحاب كذلك.

و أما الصوره الثالثه، فلا يجرى فيها الإستصحاب المذكور فى الصورتين السابقتين، و سيذكرها المحقق مستقله فى المسأله الثانيه.

حكم ما لو اتّفقا على أن أحدهما لم يزل مسلماً واختلفا فى الآخر:

ولو اتّفقا على أن أحدهما لم يزل مسلماً واختلفا فى الآخر، فقد جزم فى (كشف اللثام) بأن القول قول الآخر (۲)المختلف فيه، واحتمله الشهيد الثانى فى

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۰.

۲- ۲) كشف اللثام فى شرح قواعد الأحكام ۱۰: ۲۲۶.

(المسالک) (۱)لأن ظاهر الدار تشـهد له، ولیس مع صاحبه أصل یستصحب هنا، لعدم الحاله السابقه، فالحکم هو اشتراکهما فی الإرث، لظاهر دار الإسلام.

وبما ذکرنا ظهر الفرق بین هذا الفرع، وبین الصورتین اللتین قلنا بجریان الاستصـحاب فیهما، فقول صاحب الجواهر: « ومن هنا لو اتفقا» (۲)لم یظهر وجهه.

کما لا یجوز التمسک لاستحقاقه بأدلّه الإرث، لأنه من التمسک بالعام فی الشبهه المصداقیه.

حکم ما لو ادّعی کلّ منهما أنه لم یزل مسلماً وأنکر الآخر:

ولو ادّعی کلّ من الابنین أنه لم یزل مسـلماً، وأنکر الآخر فقال: بل أسـلمت بعـد موت الأب، فالحکم هو اشتراکهما فی المیراث، لأن ظاهر دار الإسلام یشهد لکلّ واحد، وفی الاستدلال بعمومات الإرث هنا أیضاً ما عرفت.

وفی (کشف اللثام) : « نعم، إن کانت الدار دار کفر وکان إسـلام المورّث مسبوقاً بکفره، احتمل ترجیح الظاهر علی الأصل، فلا یرث المختلف فیه ما لم یعلم انتفاء المانع من إرثه بالبیّنه، ولو ادعی المختلف فیه علم الآخر بحاله کان له إحلافه علی نفیه» (۳).

وقد أشکل فیه صاحب (الجواهر) مشیراً إلی ما ذکره سابقاً من اقتضاء الولدیه للإرث.

وقد عرفت الإشکال فیه.

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۱۴۰.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۰: ۵۰۴.

۳- ۳) کشف اللثام ۱۰: ۲۲۶.

كما أن إيراده على قول كاشف اللثام: « ولو اتّفقا على كفر كلّ منهما أو رقيّته زماناً، وادّعى كلّ منهما سبق إسلامه أو حريّته على الموت وأنكر الآخر، ولم تكن بينه، ولا ادّعى أحدهما العلم على الآخر، أو ادّعاه فحلف على العدم، لم يرث أحد منهما، لأنه لا إرث ما لم يثبت انتفاء المانع، ولا مجال هنا للحلف، لأن كلّاً منهما مدّع لزوال المانع عن نفسه، وأما إنكاره ففى الحقيقه إنكار لعلمه بزوال المانع عن الآخر، ولا يفيد الحلف عليه، بل خصمهما فى الحقيقه هو الوارث المسلم، فإن كان غير الإمام عليه السلام حلف على عدم العلم بزوال المانع» غير وارد.

هذا كلّه مع عدم البينه.

ولو أقام أحد الابنين بيّنه فى الفروع المذكوره قضى له بها.

ولو أقام كلّ واحد منهما بينه - فى صوره اختلافهما بأنه لم يزل مسلماً وصاحبه أسلم بعد موت الأب - كانت بيّنه المتفق عليه خارجه وبيّنه الآخر داخله، فتقدّم بيّنه المتفق عليه على القول بتقدم بيّنه الخارج، وهو الأقوى كما عرفت سابقاً، وأما مع القول بحجيه كلتا البينتين وتكافؤهما، وعدم تقديم بينه مدّعى تقدّم الإسلام لاشتمالها على التقدّم الزمانى، وهو نقله إلى الإسلام فى الوقت السابق من جهه تناقض البينتين، فالبينتان متعارضتان، والحكم هو القرعه كسائر موارد تعارض البينات. وفى (المسالك) : ربما احتمل ضعيفاً تقديم بينه المتأخر، بناء على أنه قد يغمى عليه فى التاريخ المتقدّم فيظنّ الشاهدان موته، وهو ضعيف لأنه قدح فى الشاهد (۱).

۱- ۱) مسالك الأفهام ۱۴: ۱۴۱.

المسأله الثانيه: (حكم ما لو اتّفقا أن أحدهما أسلم فى شعبان والآخر فى أول رمضان واختلفا فى تاريخ موت الأب)

قال المحقق: « لو اتفقا أن أحدهما أسلم فى شعبان والآخر فى غرّه رمضان ثم قال المتقدم: مات الأب قبل شهر رمضان، وقال المتأخّر: مات بعد دخول رمضان. كان الأصل بقاء الحياه، والتركه بينهما نصفين» (۱).

أقول: هذه هى الصوره الثالثه من صور المسأله الأولى، وهى صوره العلم بتاريخ الإسلام والجهل بتاريخ موت الأب، فالذى أسلم فى شعبان يقول: مات فى شعبان، وأنت أسلمت فى أول شهر رمضان، فلا تستحق، للكفر، أو عدم الإسلام حين الموت، والذى أسلم فى شهر رمضان يقول: مات بعد دخول شهر رمضان، فأنا شريكك فى التركه لوجود الشرط وهو الإسلام أو عدم المانع عن استحقاق الإرث وهو الكفر.

والحكم فى هذه المسأله هو اشتراك الأخوين فى التركه بالتنصيف، قال فى (الجواهر) : بلا خلاف ولا إشكال.

ودليل هذا الحكم عند المحقق هو الاستصحاب، حيث قال: « الأصل بقاء الحياه» .

ص:۷۸۰

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۰.

وقد عرفت ما فيه، فإنه أصل مثبت.

وعند صاحب (الجواهر) هو عمومات الإرث بعد عدم ثبوت المانع، فالمقتضى حينئذ بحاله.

وفيه: ما عرفت من أنه من التمسک بالعام فی الشبهه المصداقیه، لأن موضوع العمومات هو الولد المسلم فی حال موت الأب.

فالدلیل هو ظاهر دار الإسلام. فتأمل (۱).

ص:۷۸۱

---

۱ – ۱) وجه التأمل هو أن هذا الإسلام مسبوق بالکفر، وقد ذکرنا سابقاً أن ظاهر دار الإسلام یکون فی حال عدم الکفر سابقاً، وأما معه فلا ظاهر. ویبقی أن یکون الدلیل اتفاق الأصحاب فی هذه المسأله، لکن المحتمل – إن لم یکن المقطوع به – کونه مدرکیّاً.

المسأله الثالثه: (لو كانت دار فی يد إنسان وادّعی آخر أنها له ولأخيه إرثاً)

اشاره

قال المحقق قدّس سرّه: « دار فی يد إنسان وادّعی آخر أنها له ولأخيه الغائب إرثاً عن أبيهما، وأقام بينه، فإن كانت كامله وشهدت أنه لا وارث سواهما سلّم إليه النصف، وكان الباقی فی يد من كانت الدار فی يده. وفی الخلاف: وتجعل فی يد أمين حتی يعود، ولا يلزم القابض للنصف إقامه ضمين بما قبض» (١).

أقول: فی هذه المسأله فروع:

الأول: إن هذه الدعوی تسمع من هذا الشخص، ويقضی له بالبينه الكامله - أی الواجده للشرائط علی ما سيأتی - التی أقامها، ويسلّم إليه نصف الدار.

وهذا الحكم لا إشكال فيه ولا خلاف كما فی (الجواهر) .

الثانی: وحيث أُريد التنصيف للدار فمن يكون القاسم؟

قال فی (الجواهر) (٢): والقاسم الحاكم أو أمينه أو من فی يده الدار.

أقول: أما الحاكم فلا كلام فی نفوذ تقسيمه لأنه ولی الغائب، وأما أمينه فكذلك، لأنه يقوم مقام الحاكم بأمره، وأما من فی يده الدار، فالمفروض إنكاره لحق المدّعی، وبذلك يسقط عن الأمانه فی نظر المدعی فی الأقل، والقاسم يشترط

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ١٢٠.

٢- ٢) جواهر الكلام ۴٠: ۵٠٧.

أن يكون عادلاً أميناً كما تقدّم فی محلّه، فكيف يكون هذا الإنسان قاسماً فی هذا المقام؟ .

الثالث: وإذا سلّم نصف الدار إلى المدّعی، فما هو حكم النصف الآخر الذی يدّعی كونه للأخ الغائب؟ فيه قولان:

أحدهما: أن يكون الباقی فی يد من كانت الدار فی يده حتى مجی الغائب.

وهو رأی الشيخ فی (المبسوط) (۱). ظاهر المسالك تصحيح قول الشيخ فی الخلاف لا ما قاله فی المبسوط لانه نقل قول الشيخ فی الخلاف ثم ما قاله فی المبسوط فقال والاول اصح (۲).

والآخر: أن ينتزع الباقی منه ويجعل فی يد أمين حتى حضور الغائب.

وهو رأی الشيخ فی (الخلاف) (۳)وهو الأقوى عند صاحب (الجواهر) .

وجه الأول هو: إن البينه حجّه بعد دعوى صاحب المال، وحيث أن الغائب غير موجود حتى يدّعی، فبيّنه أخيه لا تثبت ملكيه الغائب للنصف الآخر، فيبقى بيد من كانت الدار فی يده كما كان.

ووجه الثانی هو: أن البيّنه حجّه، ولا يتوقّف استيفاء الحق على حكم الحاكم المتوقف على حضور المدّعی ودعواه، وعليه، فترفع يد ذلك الإنسان عن الباقی.

وقد قدّمنا فی محلّه بيان هذين القولين، وأن الأقوى هو الثانی.

وقد يجعل منشأ الاختلاف صلاحيّه قيام أحد الورّاث مقام الميت فی إثبات

۱- ۱) المبسوط فی فقه الاماميه ۸: ۲۷۴. مسالك الأفهام ۱۴: ۱۴۳.

۲- ۲) لاحظ المسالك ۱۴: ۱۴۳.

۳- ۳) كتاب الخلاف ۶: ۳۴۰ مسأله (۱۲) . جواهر الكلام ۴۰: ۵۰۷.

الحق أو الملك وعـدمها، بل يكون حق الدعوى لمجموع الورثه، فلو ادّعى أحدهم وأقام البينه ثبت حقّه دون غيره؟ فالعلامه فی كتاب (المختلف) (۱)وكاشف اللثام على الأول (۲)، والشهيد الثانی فی (المسالک) على الثانی (۳).

والظاهر هو الأول، لأن هذا الأخ الحاضـر يدّعى الإرث ويريد إثباته، فإذا أقام بينه وأثبته، فقد ثبت حقه وحق الغائب، والمفروض أن الغائب إذا حضر لا يطالب بأكثر من الإرث الذی يستحقه.

الرابع: إنه لو اُبقی النصف بيد من كانت الدار فی يده، فهل يضمن أو لا يكون ضامناً؟

قال المحقق: لا. للأصل وغيره بعد ثبوت الانحصار بالبينه.

ولا يخفى أن هذا مبنی على صحه التضمين بالنسبه إلى الأعيان كالديون.

ما هو المراد من البينه الكامله هنا؟

قال المحقق: « ونعنی بالكامله ذات المعرفه المتقادمه والخبره الباطنه» (۴).

أقول: قـد اختلفت عبـارات الأصـحاب فی معنى البيّنه الكـامله هـا هنـا، ففی (المسالک) إن مقتضـی عباره المصـنف والأكثر أن المراد بها ذات الخبره والمعرفه بأحوال الميت، سواء شـهدت بأنها لا تعلم وارثاً غيرهما أم لا، وحينئـذ تنقسم إلى ما يثبت بها حق المدعى، بأن تشهد بنفی وارث غيره، وإلى غيره وهی التی لا

۱- ۱) مختلف الشيعه ۸: ۴۴۷.

۲- ۲) كشف اللثام ۱۰: ۲۲۷ - ۲۲۸.

۳- ۳) مسالک الأفهام ۱۴: ۱۴۳.

۴- ۴) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۱.

تشهد بذلک.

وقد اختار صاحب (المسالک) هذا المعنی، وذکر أن الشهاده هی أن یشهد العدلان بعدم وجود وارث آخر فیما یعلمان قال: « ولا یجب القطع بل لا یصح، ولا تبطل به شهادتهم» (۱).

وتبعه فی ذلک کلّه کاشف اللثام فی تفسیر عباره القواعد التی هی مثل عباره المتن.

وفی (الجواهر) : « الظاهر الإکتفاء فی ثبوت الوصفین بشهادتهما بذلک بعد ثبوت عدالتهما، بل الظاهر کون المراد بکمالها أنها تشهد بالنفی، وحینئذ، فعدم شهادتها بذلک هو عدم کمالها، فقول المصنف: [ولو لم تکن البینه کامله وشهدت أنها لا تعلم وارثاً غیرهما] بمنزله التفسیر لها کقوله أولاً: [وشهدت] إلی آخره» (۲).

واعترض علی الشهید الثانی وکاشف اللثام قائلاً: « وما أدری ما الذی دعاهما إلی ذلک؟ ! مع أن حمل العباره علی إراده التفسیر أولی کما هو صریح الإرشاد قال: ولو ادّعی ما فی ید الغیر أنه له ولأخیه الغائب بالإرث، وأقام بینه کامله، بأن شهدت بنفی وارث غیرهما سلّم إلیه النصف» (۳)ولا ینافی ذلک قوله فی المتن « ونعنی» إلی آخره المحمول علی إراده بیان أن الشهاده بالنفی علی وجه القطع لا تکون غالباً إلا من ذی الخبره الباطنه.

ودعوی المفروغیه من الاجتزاء بشهاده ذی الخبره بنفی العلم، محل منع وإن

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۱۴۲.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۰: ۵۰۹.

۳- ۳) ارشاد الأذهان ۲: ۱۵۳.

جزم به فی الدروس، کدعوی المفروغیه من عدم قبول شهاده غیر ذی الخبره بالنفی علی وجه القطع، بل هو فی الحقیقه قدح فی الشاهد العدل.

فالتحقیق حینئذ هو الاکتفاء بالشهاده بالنفی من العدل مطلقاً، وعدم الإکتفاء بها إذا کانت بنفی العلم کذلک، إلا إذا اُرید من عدم العلم النفی فیما یعلم، فإنها شهاده بالنفی حینئذ، کما هو ظاهر کلامهم خصوصاً الدروس، وبهذا المعنی یمکن الفرق بین ذات الخبره وغیرها، لکن قد یقال: إن الشهاده بالنفی المزبور أیضاً لا تکون إلا من ذی الخبره أو شبهه» (۱).

أقول: إنه یعتبر فی هذه الشهاده ثلاثه أمور:

أحدها: أن یشهدا بکون الدار ملکاً للمیت.

والثانی: أن یشهدا بکون الأخوین وارثین.

والثالث: أن یشهدا بعدم وجود وارث غیرهما.

لکن الأصحاب لم یتعرّضوا لاعتبار الأمر الأول، واختلفوا فی الثالث وأنه هل یشترط أن تکون الشهاده بالنفی علی وجه القطع أولا؟ وظاهر عباره المحقق قدّس سرّه هو ما ذکره ثانی الشهیدین، وحملها علی ما فی (الجواهر) خلاف ظاهرها.

نعم، لا مانع من القول بالإکتفاء بالإستصحاب بالشهاده بالنفی، لخبر معاویه قال: « قلت لأبی عبد اللّه علیه السلام: الرجل یکون فی داره، ثم یغیب عنها ثلاثین سنه، ویدع فیها عیاله، ثم یأتینا هلاکه، ونحن لا ندری ما أحدث فی داره، ولا ندری ما أحدث له من الولد، إلا أنا لا نعلم أنه أحدث فی داره شیئاً ولا

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۵۰۹.

حدث له ولد، ولا تقسم هذه الدار على ورثته الذين ترک فی الدار حتی یشهد شاهدا عدل أن هذه الدار دار فلان بن فلان مات وترکها میراثاً بین فلان وفلان، أو نشهد علی هذا؟ قال: نعم» (۱).

حکم ما لو لم تکن البینه کامله

قال المحقق: « ولو لم تکن البینه کامله وشهدت أنها لا ـ تعلم وارثاً غیرهما، أُرجئ التسلیم حتی یبحث الحاکم عن الوارث مستقصیاً بحیث لو کان وارث لظهر» (۲).

أقول: إن کانت البینه کامله دفعت الدار إلی ذی الحق، ولو لم تکن کامله اُرجی تسلیم الدار حتی یبحث الحاکم عن الوارث مستقصیاً بحیث لو کان لبان، ولا یرجع إلی أصاله عدم الوارث، لأن هذا الأصل لا یفید انحصار الوارث بالحاضر فی الظاهر، قال فی (الجواهر) : « علی أن قاعده الضرر الحاصل بضمان من فی یده المال لو ظهر بعد ذلک معارضه له، فأصل البراءه من وجوب الدفع إلی هذا الحاضر الذی لم یعلم انحصار الوارث فیه بحاله» (۳).

قال المحقق: « وحینئذ یسلّم إلی الحاضر نصیبه ویضمنه استظهارا» (۴).

أقول: إن الغرض من تضمین الحاضر هو الاستظهار والإطمینان ببقاء حق الوارث المحتمل وإمکان دفعه إلیه لو ظهر، وعلی هذا، فلا موضوعیه للتضمین،

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۳۶/۲. أبواب الشهادات، الباب ۱۷.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۱.

۳- ۳) جواهر الکلام ۴۰: ۵۱۰.

۴- ۴) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۱.

فلو كان الوارث الحاضر موثقاً وكان ملیّاً فلا حاجه إلی التضمین.

ولیس المراد من إرجاء التسلیم عدم جوازه، حتی یستشکل بأن الأصل عدم الوارث، بل المراد عدم وجوبه لئلا یتضرر ذو الید لو ظهر الوارث، وعلی هذا، فلو شاء أن یسلّم إلی الحاضر کان له ذلک، نعم، إذا کان الغرض حفظ حق الوارث المحتمل لم یجز له الدفع إلا مع التضمین أو الوثوق.

وقد یناقش: بأن المفروض سقوط ذی الید عن الأمانه بإنکاره دعوی الوارث الحاضر، فلو لم تسلّم الدار إلی الحاضر بالبیّنه والأصل وجب علیه تسلیمها إلی الحاکم، فلا وجه لإبقائها فی یده علی کلّ حال.

علی أن جواز تسلیمه الدار إلی الحاضر - کما فی (الجواهر) - یعنی قیام الحجه الشرعیه علی مالکیته، فسواء اُرید من إبقائها دفع الضرر عن ذی الید أو عن الوارث المحتمل یجب انتزاع الدار من یده، وأما إذا لم تتم الحجه للوارث الحاضر فلا یجوز تسلیم شیء إلیه حتی مع التضمین.

هذا کله إذا لم یکن الوارث الحاضر ذا فرض.

وأما إذا کان ذا فرض لا ینقص عن فرضه علی کلّ تقدیر، کالزوجه مع الابن، فإنّ لها الثمن سواء کان للابن المذکور أخ أو وارث آخر أولا، فلا إشکال فی وجوب دفع نصیبه تامّاً إلیه: قال المحقق: « ولو کان ذا فرض اُعطی مع الیقین بانتفاء الوارث نصیبه تاماً، وعلی التقدیر الثانی یعطیه الیقین إن کان وارث، فیعطی الزوج الربع» (1)أی: لاحتمال وجود ولد منها « والزوجه ربع الثمن» أی: لاحتمال وجود زوجات له ثلاثه، ویکون الإعطاء « معجلاً من غیر تضمین وبعد البحث

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۱.

يتم الحصه التضمين» (۱).

حكم ما لو كان الوارث ممن يحجبه غيره

قـال: « وإن كـان الوارث ممن يحجبه غيره كالأخ، فإن أقام البينه الكامله أُعطى المال. وإن أقام بينه غير كامله أُعطى بعـد البحث والاستظهار بالتضمين» (۲).

أقول: إن كان الوارث ممّن يحجبه غيره عن الإرث كالأخ المحجوب بالأبوين والأولاد، فلا يعطى شـيئاً، لعـدم العلم بكونه وارثاً، فـإن ادّعى ذلـك فـإن أقـام البينه الكـامله أُعطى المـال كلّه، وإن أقـام بينه نـاقصه أُعطى بعـد البحث عن الحـاجب مع الاسـتظهار بالضمين.

هـذا، وفى (المسالک) تبعاً للـدروس: « ولو صدّق المتشـبث المدّعى على عدم وارث غيره، فلا عبره به إن كان المدّعى به عيناً، لأنه إقرار فى حق الغير، وإن كان ديناً أمر بالتسـليم، لأنه إقرار فى حق نفسه، لأنه لا يتعين للغائب على تقدير ظهوره إلا بقبضه أو قبض وكيله، وقد تقدم البحث فى نظيره من دعوى وكاله الغائب فى الأمرين» (۳).

وقـد وافقهمـا على ذلـک كاشف اللثام قال: « وحكم الـدين حكم العين فى جميع ذلک، إلا فى وجوب انتزاع حصّه الغائب فقد يقال بالعدم، والفرق بأن الأحوط هنا العدم، لأنه لا يتلف ما لم ينتزع لتعلّقه بالذمه، وبأن العين شيء واحد شهدت

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۱.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۱.

۳- ۳) مسالک الأفهام ۱۴: ۱۴۵. الدروس الشرعيّه ۲: ۱۰۹.

به البينه، والـدين حقوق متفرقه بعـدد مسـتحقيه، ويفارقهـا أيضـاً فى أنه لاـ يكفى فى العين تصـديق صـاحب اليـد فى الانحصـار ويكفى فى الدين، فإذا صدّقه أُعطى نصيبه كاملاً من غير بحث، أخذاً بإقراره» (۱).

قلت: قـد ذكرنا سابقاً فى مسأله مالو تنازع اثنان فى عين بيـد ثالث فصـدّق الثالث أحـدهما: أن المصـدق يكون حينئذ ذايد على العين ويكون الآخر مـدّعياً له، والأمر فيما نحن فيه كـذلك، بل هو أولى، لكون الوارث الآخر محتمل الوجود لا مقطوعه، فتسـلّم العين إلى هذا المصدّق، فإن حضر الوارث المحتمل وأقام البينه بحصته أخذ وإلا فلا.

وأما على ما ذكروا، فإن الفرق المذكور بين العين والدين صحيح، وإشكال صاحب (الجواهر) غير وارد.

ص:۷۹۰

۱- ۱) كشف اللثام ۱۰: ۲۲۹.

المسأله الرابعه: (حكم ما إذا ماتت امرأه وابنها وتنازع زوجها وأخوها فی تاريخ موتهما)

قال المحقق قدّس سرّه: « إذا ماتت امرأه وابنها، فقال أخوها: مات الولد أولاً ثم المرأه، فالميراث لی وللزوج نصفان، وقال الزوج: بل ماتت المرأه ثم الولد فالمال لی، قضی لمن تشهد له البينه» (۱).

أقول: إذا ماتت امرأه وابنها ولم يعلم سبق أحدهما ولا الاقتران، ووقع النزاع بين زوجها وأخيها، فقال أخوها: مات الولد أولاً ثم ماتت المرأه، فالميراث الحاصل من تركه المرأه بما فی إرثها من الولد لی وللزوج، لكلّ نصف، وقال الزوج: بل ماتت امرأه أولاً، فإرثها لی ولولدها، ثم مات الولد من بعدها فالمال كلّه لی، ففی المسأله صور:

الأولی: أن يكون لأحدهما خاصّه بيّنه علی ما يدّعيه، ولا إشكال ولا خلاف كما فی (الجواهر) فی أنه يقضی لصاحب البينه.

الثانيه: أن يكون لكليهما بينه، وحينئذ إذا تكافئتا سقطتا بالتعارض، والحكم هو الرجوع إلی القرعه، فمن خرج اسمه حلف وأخذ وإلا أُحلف الآخر، وإن امتنعا قسّم المدّعی به بينهما نصفين.

ص:۷۹۱

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۱.

أی: إنه إن كان الولد قد مات قبل اُمه فیستحق الأخ نصف تركه المرأه، وإن كان قد مات بعدها فلا یستحق شیئاً، فمورد النزاع نصف تركه المرأه، فإذا وقعت القرعه وامتنعا عن الیمین قسّم النصف بینهما نصفین، فیكون للأخ الربع وللزوج ثلاثه أرباع.

والثالثه: أن لا یكون لأحدهما بینه:

قال المحقق: « ومع عدمها لا یقضی باحدی الدعویین، لأنه لا میراث إلا مع تحقق الحیاه، فلا ترث الأم من الولد ولا الابن من اُمه، ویكون تركه الابن لأبیه وتركه الزوجه بین الأخ والزوج» (۱).

فظهر أن الحكم فی هذه الصوره كون تركه الابن كلّها لأبیه بعد یمین الأب أنه ما مات قبل اُمه، وتكون تركه الزوجه بین الأخ والزوج - بعد یمین الأخ أنها ما ماتت قبل ولدها - لكلّ منهما نصف، إذ لیس هنا نصف مفروغ عنه للزوج كما فی الصوره الثانیه حیث أقام كلاهما البینه، لأن الیمین تنفی وارثیه المیت من قبل، ولیس لازم هذا النفی - وهو الموت من بعد - أثراً شرعیاً، بخلاف البینه هناك فإن لازمها حجه، وهذا هو سرّ الفرق بین الصورتین.

هذا كلّه مع الجهل بتأریخ موتهما.

ولو كان تاریخ موت أحدهما متفقاً علیه بینهما، كأن یكون موت الابن فی یوم الجمعه، فیستصحب حیاه الاُم حتی یوم السبت فترث الابن وتموت، فهما فی تركتها شریكان بالتنصیف، وإن كان العكس یستصحب حیاه الابن فیرث اُمه، فإذا مات كان جمیع التركه للأب.

ولو علم إجمالاً بتقدم تاریخ موت أحدهما علی موت الآخر، فلا یحلّفان حتی ینفی التوارث، بل یقرع لأجل تعیین الوارث.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۱.

المسأله الخامسه: (حکم ما لو تنازع وارث المیت وزوجته حول شیء من الترکه)

قال المحقق: « لو قال: هذه الأمه میراث أبی، وقالت الزوجه: هذه أصدقنی إیاها أبوک، ثم أقام کلّ منهما بینه، قضی ببینه المرأه، لأنها تشهد بما یمکن خفاؤها علی الاخری» (1).

أقول: لو وقع النزاع بین الوارث وزوجته فی شیء من الترکه، فقال الوارث هذا میراث أبی فهولی، وقالت الزوجه: هذا أصدقنی إیّاه أبوک، ففی المسأله صور:

الاولی: أن لا یکون للزوجه المدّعیه بینه، فإن القول قول الوارث بیمینه، لأن الأصل عدم الإصداق.

والثانیه: أن تقیم الزوجه بیّنه. فلا کلام فی أنه یقضی لها.

والثالثه: أن یقیم کلّ منهما بینه، فهنا أیضاً یقضی للزوجه بتقدیم بیّنتها، لأنها تشهد بما یمکن خفاؤه علی بینه الوارث.

وکذا لو کانت العین فی ید أجنبیی لا یدّعیها.

ولو وقع التعارض بین البینتین، کأن تدعی الزوجه الإصداق فی یوم الجمعه فتشهد بینتها بذلک، ثم تشهد بینه الوارث بموت المورث فی یوم الخمیس، فقد یقال بترجیح بینه الوارث، لکونه ذا الید وکون مدعاه أسبق زماناً، ومع عدم المرجح فالحکم هو القرعه أو التنصیف بدونها.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۱.

الكلام فى: الإختلاف فى الولد

مقدمه:

لا ريب فى عـدم لحوق الولـد بأبين فصاعـداً عنـدنا وإن كانا قد واقعا فى طهر واحد، للأخبار والإجماع، خلافاً للمحكى عن أبى حنيفه من الإلحاق بهما مع الاشتباه، بل عن بعضهم الإلحاق بثلاثه، بل عن المتأخرين منهم جواز الإلحاق بألف أب على قول أبى حنيفه، بل عنه أيضاً الإلحاق بأُميّن إذا تنازعتا واشـتبه الأمر، بل قـد يأتى بناءاً على ما تقدّم ذكره عن متأخريهم جواز إلحاق الولد بألف أُم (١)! ولعلّ هؤلاء قالوا بذلك على أساس القياس عندهم، فقاسوا هذا المورد بمسأله شركه الأبوين فى الأولاد، فإن الولد يتكوّن من مـاء الرجل والمرأه معاً حيث قال تعالى: «Bيَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ اَلصُّلْبِ وَ اَلـتَّرٰائِبِ» (٢)ولذا يرث الولد أبويه، فكما يكونان شريكين فى الولد لتولّده منهما، كذلك يكون الولد ملحقاً بالأبين فصاعداً لتولّده منهما.

لكنه - مع ابتنائه على القياس الباطل - فاسد من جهه أنه إذا انعقدت النطفه من الرجل والمرأه فقد تمّ الأمر، وفى بعض الروايات دلاله على ذلك، فلو واقع هذا الرجل أو غيره تلك المرأه لم يكن للماء الجديد أى علاقه بما كان من الماء الأول، ولكلّ موضع غير موضع الآخر.

١- ١) المحلّى ١٠: ١٥٠ - ١٥١. كتاب الخلاف ۶: ٣۴٩ - ٣۵٠، المسأله ٢٣. كشف اللثام ١٠: ٢٣٣. المجموع (شرح المهذّب) ١۵: ٣١٣. المغنى لابن قدامه ٧: ٢٣٧. جواهر الكلام ۴٠: ۵١۵.

٢- ٢) سوره الطارق ٨۶: ٧.

ثم إن الرجوع إلى القائف واضح الفساد كذلك، فإنه لا عبره بالقيافه عندنا، ولا تكون ملاكاً للإلحاق، وإن تحققت المشابهه بين الولد وأحد الرجلين غالباً، فإن الشارع قد اسقط هذه الغلبه عن الإعتبار، على أنه قد لا يشبه الابن أباه الحقيقى فى الأوصاف.

وبعد هذا كلّه نقول: إن عمده الأدلّه فى الإختلاف فى الولد هو قوله صلّى اللّه عليه وآله وسلّم « الولد للفراش وللعاهر الحجر» (۱).

فقيل معناه: الولد لمالك الفراش.

وفى (المصباح المنير) : « وقوله عليه الصلاه والسلام: الولد للفراش، أى للزوج، فإن كلّ واحد من الزوجين يسمّى فراشاً للآخر، كما سمى كلّ واحد منهما لباساً للآخر» (۲).

وكيف كان، فإن الحديث لا يعمّ النكاح الفاسد.

وقال السيد فى (العروه) بأن المراد هو الفراش الفعلى، سواء أمكن إلحاقه بالفراش السابق أو لا (۳).

وعن (القواعد) : إنه لو كان زوجاً فى نكاح فاسد لم يظهر فساده للزوجين، ففى انقطاع إمكانه نظر، من تحقق الفراش ظاهراً وانتفائه حقيقه (۴).

ص:۷۹۸

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۱: ۱۷۳/۲. أبواب نكاح العبيد والإماء، الباب ۵۸.
۲- ۲) المصباح المنير ۲: ۴۶۸.
۳- ۳) العروه الوثقى ۳: ۱۹۸.
۴- ۴) قواعد الأحكام ۳: ۴۸۲.

صور الاختلاف فی الولد

هذا، وفی المسأله صور:

الصوره الاولی: إذا لم یکن فی البین فراش أصلًا، بل وطئ اثنان امرأه عن سفاح، ففی هذه الصوره لا یلحق الولد بأحدهما، وأثر ذلک عدم التوارث فقط، وأما الآثار الاُخری: کالنظر والنکاح إن کان الولد بنتاً، فإنه یجوز لکلّ منهما نکاحها، ویحرم علیه النظر إلیها للأصل، أما هی، فلا یجوز لها ذلک مع أحدهما، لعلمها إجمالاً بکونها لأحدهما.

وبالجمله، إن وطئاها عن زنا، لم یلحق الولد بأحدهما شرعاً، نعم، لا یبعد الرجوع إلی القرعه لتعیین من هو له منهما، لأجل ترتّب الآثار من النفقه ونحوها، اللهم إلاّ أن یقال بعدم ترتّب شیء من الآثار مطلقاً، لکن لا تعرّض هنا ظاهراً فی الأخبار والفتاوی للقرعه.

والصوره الثانیه: أنْ یتحقّق الوطئ من الرجلین بشبهه وفی طهر واحد، والحکم فیها الرجوع إلی القرعه، لإمکان کون الولد من کلّ منهما، فمن خرج اسمه اُلحق به.

والصوره الثالثه: أن یعقد کلّ منهما عقداً فاسداً. والمرجع هنا أیضاً القرعه.

والصوره الرابعه: أن یطأ اثنان امرأه وهی زوجه لأحدهما ومشبّهه علی الآخر، والحکم عند الأصحاب فیها هو الرجوع إلی القرعه.

وقد ذکر المحقق حکم الصور الثلاث الأخیره بقوله:

« إذا وطئ اثنان امرأه وط اً یلحق به النسب، إما بأن تکون زوجه لأحدهما ومشبّهه علی الآخر، أو مشبّهه علیهما، أو یعقد کلّ منهما علیها عقداً فاسداً، ثم تأتی

بولد لسته أشهر فصاعداً ما لم يتجاوز أقصى الحمل، فحينئذ يقرع بينهما» (۱).

فإن قيل: مقتضى الحديث الشريف: « الولد للفراش وللعاهر الحجر» هو إلحاق الولد فى الصوره الرابعه بالزوج، لأنه صاحب الفراش وإن كان « للعاهر الحجر» لا ينطبق على الواطئ هنا، لعدم تحقق الموضوع وهو الزنا فى هذه الصوره، وبالجمله، يجرى هذا الحديث فى صوره وجود فراش - زوجاً كان أو مولى - سواء كان الوطئ الآخر عن زنا أو شبهه، ولا يتحقق لأحد هذين فراش حتى يكون وطؤه وطأ يلحق به النسب، حتى يقع التعارض ويشكل الأمر فيرجع إلى القرعه.

بل لقد تمسک الإمام علیه السلام بالحديث حيث لا يوجد فيه الزنا ولا شبهه، ففى خبر الصيقل: « عن رجل اشترى جاريه ثم وقع عليها قبل أن يستبرئ رحمها. قال: بئس ما صنع، يستغفر اللّه ولا يعود.

قلت: فإن باعها من آخر ولم يستبرئ رحمها، ثم باع الثانى من رجل آخر فوقع عليها ولم يستبرئ رحمها فاستبان حملها عند الثالث؟

فقال أبو عبد اللّه علیه السلام: الولد للفراش وللعاهر الحجر» (۲).

إذن، لا ينحصر مجرى الحديث بمورد وجود الزنا أو الوطى بشبهه، فالرجوع إلى القرعه لماذا؟

قلت: إن الواطئ بشبهه ليس بصاحب فراش ف خلافاً لصاحب (الجواهر) - لكن دليل القول بالقرعه فى هذه الصوره هو الإجماع.

ص:۸۰۰

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۲.

۲- ۲) ومثله: خبر سعيد الأعرج: « عن رجلين وقعا على جاريه فى طهر واحد لمن يكون الحمل؟ قال: للذى عنده الجاريه لقول رسول اللّه صلّى اللّه علیه وآله وسلّم: الولد للفراش» وسائل الشيعه ۲۱: ۱۷۴/۴. أبواب نكاح العبيد والإماء، الباب ۵۸.

قال المحقق: « سواء كان الواطئان مسلمين أو كافرين أو عبدين أو حرّين أو مختلفين فی الإسلام والكفر والحريّه والرق، أو أباً وابنه» (۱).

أقول: قال فی (الجواهر) : بلا خلاف معتدّ به أجده بيننا فی ذلک، بل الظاهر الإجماع عليه، بل ادّعاه بعض صريحاً.

ويدل عليه صحيح الحلبی عن الصادق عليه السلام: « إذا وقع المسلم واليهودی والنصرانی على المرأه فی طهر واحد اُقرع بينهم، فكان الولد للذی تصيبه القرعه» (۲).

قال فی (الجواهر) : نعم، عن لقطه المبسوط أن المسلم والحرّ أولى، ولكن قد استقر الإجماع على خلافه (۳).

هذا مع عدم العلم بسبق أحدهما.

ولو علم سبق أحدهما على الآخر فی الوطئ، ففی إلحاقه بالأخير أو القرعه كذلک بحث.

هذا كلّه، إذا كان الوطی منهما فی طهر واحد، فإن وطأ أحدهما فحاضت، ثم وطئ الآخر، فهل يكون الإلحاق بالقرعه أيضاً؟ نعم، لإمكان كونه من الأول، لأن الحمل والحيض قد يجتمعان.

لكن فی (القواعد) و (كشف اللثام) : « إنه إذا كان ذلک انقطع الإمكان عن الأول، لأن الحيض علامه براءه الرحم شرعاً، إلا أن يكون الأول زوجاً فی نكاح صحيح لكون الولد للفراش، إلا أن يعلم الانتفاء، وتخلّل الحيض لا يفيد العلم به

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۲.
۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۶: ۲۸۰/۱. أبواب ميراث ولد الملاعنه، الباب ۱۰.
۳- ۳) جواهر الكلام ۴۰: ۵۱۷.

هنا، لقوه الفراش» (۱).

وأشكل عليه فی (الجواهر) بقوله: إلاـ أنه لاـ يخفی عليک ما فيه، علی كلّ من تقديری مجامعه الحيض للحمل وعدمه، وقوه الفراش لو كانت تنفع لنفعت فی اجتماعهما فی طهر واحد أيضاً (۲).

وأما قولهما: ولو كان زوجاً فی نكاح فاسد لم يظهر فساده للزوجين، ففی إمكانه نظر، من تحقق الفراش ظاهراً وانتفائه حقيقه.

فتلک صوره اخری بالإضافه إلی الصور السابقه، وهو أن يكون الأمر دائراً بين الوطئ بشبهه - بمعنی كونه زوجاً ظاهرياً - وبين الزنا أو الوطئ بشبهه ممن ليس بزوج ظاهری، وتفيد هذه العباره التوقّف فی إمكان معارضه الوطئ بشبهه لصاحب الفراش، من جهه التأمّل فی صدق الفراش علی الفراش الظاهری، وهذا يؤيد ما ذكرناه سابقاً، كما لا يخفی، والحكم فی هذه الصوره هو الإلحاق بالفراش الظاهری، للحديث الشريف، بناءاً علی صدق الفراش، وإلا فالقرعه.

قال المحقق: « هذا كلّه إذا لم يكن لأحدهم بيّنه» (۳).

أقول: يعنی إن الرجوع إلی القرعه هو فيما إذا لم يكن لأحد الواطئين بينه، أو كان لكلّ واحد منهم وتعارضتا، لعدم المرجح، وإلا حكم بالبينه لمن كانت له أو كانت بيّنته أرجح.

لكن البينه تفيد فيما إذا علم بتحقق وطئ واحد، ثم اشتبه الواطئ بين اثنين، فتشهد البينه أنه هذا لا ذاک لكونه معهما فی سفر مثلًا، وأما إذا وقع الوطئ من

ص:۸۰۲

۱- ۱) كشف اللثام فی شرح قواعد الأحكام ۱۰: ۲۳۴. قواعد الأحكام ۳: ۴۸۲.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۰: ۵۱۸.

۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۲.

اثنين، فلا يمكن للبينه تعيين من يلحق به الولد منهما.

قال المحقق: « ويلحق النسب بالفراش المنفرد، والـدعوى المنفرده، وبالفراش المشترک، والـدعوى المشترکه، ويقضـى فيه بالبينه ومع عدمها بالقرعه» (۱).

أقول: أمـا الفراش المنفرد فواضـح، وأما الـدعوى المنفرده فتکون بالنسـبه إلى صبى مجهول النسب، فلو ادّعاه ولا معارض له فى هذه الدعوى أُلحق به، ولا يسمع إنکاره بعد کبره، نعم، فى الکبير المجهول النسب خلاف سنشير إليه.

ولو اشترک اثنان أو أزيـد فى هـذه الـدعوى قضـى بالبينه، ومع عدمها أو تعارضـها فبالقرعه، وأما الفراش المشترک، فقد عرفت الکلام فيه.

ولا فرق عنـدنا فى الـدعوى بين الرجل والمرأه، فلو اسـتلحقت ولـداً فإن لم ينازعها أحـد لحق بها، وإن نازعها کان الولـد لـذات البينه، ومع عدمها أو تعارضها فالمرجع القرعه.

فروعٌ

وهنا فروع أوردها صاحب (الجواهر) عن بعض الأصحاب، ونحن نوردها تبعاً له:

« من انفرد بـدعوى مولود صـغير فى يـده لحقه إلا أن يضـرّ بغيره، کأن يکون معتقاً وولاؤه لمولاه، فإن بنوّته تقتضـى تقدّمه على المولى فى الإرث، فإن بلغ وانتفى

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۲.

عنه لم يقبل نفيه (۱)إلا ببينه، استصحاباً لما ثبت شرعاً، وكذا لو أقرّ بالمجنون فأفاق وأنكر، وليس لأحدهما إحلاف الأب، لأنه لو جحد بعد الإقرار لم يسمع» .

قال فی (الجواهر) : « ولا يخفى عليك وجه البحث فی ذلک» .

« لو ادّعی نسب بالغ عاقل فأنكر لم يلحقه إلا بالبينه، وإن سكت لم يكن تصديقاً» (۲).

قلت: بل الأظهر كونه تصديقاً، فإذا سكت كانت دعوی المدّعی بلا معارض.

« لو ادّعی نسب مولود على فراش غيره بأن ادعى وطئاً لشبهه لم يقبل وإن وافقه الزوجان، بل لابدّ من البينه على الوطی لحق الولد» (۳).

« لو تداعيا صبيّاً وهو فی يد أحدهما، لحق بصاحب اليد خاصّه، على إشكال (۴)فی أن اليد هل ترجح كما يرجح الملک» .

أی على ذاک إقامه البينه، ومع عدمها لحق بصاحب اليد على إشكال فی عموم أدله حجيه اليد للإنسان الذی ليس مملوكاً بل حرّ منسوب، فقد يقال بعدم صدق اليد على الحر، وحينئذ، فالملاک البينه وإلا فالقرعه.

« لو استلحقه صاحب اليد ولو ملتقطاً وحكم له شرعاً لم يحكم للآخر إلا ببينه» .

« لو استلحق ولداً وقال: إنه من زوجتی هذه فأنكرت الزوجه ولادته، ففی لحوقه بها بمجرّد إقرار الأب نظر» (۵).

أی: لأن هذه الدعوی ليست بلا معارض، لأنها قد عارضت، فی

۱- ۱) قواعد الأحكام ۳: ۴۸۲.
۲- ۲) قواعد الأحكام ۳: ۴۸۲.
۳- ۳) قواعد الأحكام ۳: ۴۸۲ - ۴۸۳.
۴- ۴) قواعد الأحكام ۳: ۴۸۲ - ۴۸۳.
۵- ۵) قواعد الأحكام ۳: ۴۸۲ - ۴۸۳.

(الجواهر) : بل منع كونه إقراراً فی حق الغیر.

أقول: ولکن أثر وجوب النفقه ونحوه مترتب علی هذا الإقرار.

« لو بلغ الصبی بعد أن تداعاه اثنان قبل القرعه فانتسب إلی أحدهما قبل (۱)، وأشکله بعض بأنه إقرار فی حق الغیر مع عدم دلیل علی قیام تصدیقه مقام البینه أو القرعه» .

والظاهر ورود هذا الإشکال، لعدم وجود نص یدل علی اعتبار الإقرار بالولدیه، نعم، لو أقرّ بالرقیّه لأحد قبل، لأنه علی نفسه، کما لا توجد سیره علی القبول.

« ولا عبره بمیل الطبع عندنا» (۲).

أی: إن هذا لا یکون دلیلًا شرعیاً للانتساب وإن کان وجود هذا الطبع حقیقه واقعیه.

« وإن لم ینتسب إلی أحد منهما أُقرع إن لم ینکرهما معاً، وإلا ـ لم تفد القرعه بناءاً علی قبول تصدیقه، ولا یقبل رجوعه بعد الإنتساب، ولا اعتبار بانتساب الصغیر وإن کان ممیّزاً، ونفقته قبل الثبوت شرعاً علیهما، ثم یرجع من لم تلحقه القرعه (۳)به علی الآخر» .

وأشکل علیه فی (الجواهر) : « وفیه: إن دفعها قد کان لإقراره، فلا وجه لرجوعه» .

إلا أن یقال بأن لوازم البینه حجه فعلی مقیمها جمیع النفقه، لکن قلنا سابقاً

ص:۸۰۵

۱- ۱) قواعد الأحکام ۳: ۴۸۲ - ۴۸۳.
۲- ۲) جواهر الکلام ۴۰: ۵۱۹.
۳- ۳) قواعد الأحکام ۳: ۴۸۳.

بأن الإقرار مقدّم على جميع الأدله. هذا، وقد ذكرنا سابقاً احتمال قبول دعوى الصبى فراجع.

« لو أقام كلّ من المدعيين بينه بالنسب وتعارضتا ولا ترجيح، حكم بالقرعه (۱)عندنا» .

« لو أقام أحـدهما بينه أن هـذا ابنه وآخر بينه أن هذا بنته، فظهر خنثى، فإن حكم بالذكوريّه بالبول وغيره فهو لمدّعى الابن، وإن حكم بالأُنوثيه فهو لمدّعى الانثى (۲)، لأن كلاً منهما لا يستحق إلا من ادعاه، وإن ظهر خنثى مشكلاً أُقرع» (۳).

هـذا آخر كتاب القضاء. وقد كان الفراغ منه فى اليوم الثامن عشر من شـهر ربيع الآخر من شـهور السـنه الثالثه بعد الأربعمائه بعد الألف من الهجره النبويه، فى الحوزه العلميه بمدينه قم المقدسه.

وسيتلوه إن شاء اللّه تعالى كتاب الشهادات.

ص:۸۰۶

۱- ۱) قواعد الأحكام ۳: ۴۸۳.

۲- ۲) قواعد الأحكام ۳: ۴۸۳.

۳- ۳) جواهر الكلام ۴۰: ۵۱۹.

كتاب الشهادات

اشاره

المقدمه و فيها ثلاثه امور. تعريف الشهاده لغه و شرعا

ص:۸۰۷

مقدمه مباحث الشهادات

بسم الله الرحمن الرحیم

الحمد للّه رب العالمین، والصّلاه والسّلام علی سیّدنا محمد وآله الطاهرین، لا سیّما خلیفه اللّه فی الأرضین، الإمام الثانی عشر، الحجّه ابن الحسن العسکری، أرواحنا فداه، ولعنه اللّه علی أعدائهم أجمعین، من الأوّلین والآخرین.

أما بعد، فقد قال اللّه عزّوجلّ:

«وَ مَنْ لَمْ یَحْکُمْ بِمٰا أَنْزَلَ اَللّٰهُ فَأُولٰئِکَ هُمُ اَلْکٰافِرُونَ» (۱).

لقد أولی الفقه الجعفری اهتماماً بالغاً بموضوع «القضاء»، وکانت القوانین المقرره فیه فی غایه الدقه والمطابقه مع ما تقتضیه الفطره الإنسانیه، وقد تقدّم منّا بعض الکلام حول أهمیه القضاء وأثره، وموقعه فی فقه أهل البیت.

وبعد الفراغ من البحث عن آداب القضاء، وصفات القاضی، جاء دور البحث عن أحکام الدعوی وموازین الحکم، التی منها «إن البیّنه علی من ادّعی والیمین علی من أنکر» (۲).

ص:۸۱۱

۱- ۱) سوره المائده ۵: ۴۴.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۹۳/۳. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۲۵.

بل إن « البينات» و « الايمان» هما العنصران الأساسيّان ل « القضاء» .

وأما حكم القاضی بعلمه، ففیه کلام، علی أنه من الندره بمکان، وکذا حکمه استناداً إلی الإقرار، بل قد یقال بعدم توقّف الأخذ به علی الحکم.

ویدل علی ما ذکرنا قوله صلّی اللّه علیه وآله وسلّم: « إنما أقضی بینکم بالبیّنات والایمان» (۱)وقول الباقر علیه السلام: « أحکام المسلمین علی ثلاثه: شهاده عادله، أو یمین قاطعه، أو سنّه ماضیه من أئمه الهدی» (۲).

ولعل المراد من السنّه الماضیه من أئمه الهدی هو المراد ممّا أشار إلیه الإمام علیه السلام فی خبر أبی خدیجه بقوله « قضایانا» (۳).

و « البیّنات» جمع « البیّنه» وهی « الشهاده العادله» ، و « الأیمان» جمع « الیمین» وقد وصفها فی الخبر الثانی ب « القاطعه» .

وفی کلّ من « البینه» و « الیمین» بحوث علمیّه علی ضوء الروایات الوارده فی أحکامهما، وحدودهما، یتبیّن من خلالها جانب من اهتمام فقه أئمه أهل البیت بموضوع القضاء، وشدّه احتیاطه فی الحقوق، ومدی تلائم تلک الأحکام مع قضاء الفطره وحکم العقل. . .

ومن هنا، فقد نصّت الأخبار علی أن کلّ حکم توفّرت فی مقوّماته ومقدّماته الموازین المقرره فهو نافذ، لأنه حکم اللّه، وإلّا فهو مردود، لأنه حکم الجاهلیه: فعن الإمام علیه السلام: « الحکم حکمان، حکم اللّه عزّوجلّ، وحکم

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۳۲/۱. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۲.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۴۳/۱۹. أبواب صفات القاضی، الباب ۶. والحدیث مروی عن أمیر المؤمنین علیه الصلاه والسلام.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۱۳/۵. أبواب صفات القاضی، الباب ۱.

أهل الجاهليه، فمن أخطأ حكم اللّه حكم بحكم الجاهليه» (۱).

بـل هو مردود إن لم يكن كـذلک وإن كان حقاً: فعن الإمام عليه السـلام: « القضاه أربعه، ثلاثه فی النار وواحـد فی الجنه، رجل قضـی بجور وهو يعلم، فهو فی النـار، ورجـل قضـی بجور وهو لاـيعلم، فهو فی النار، ورجل قضـی بالحق وهو لا يعلم، فهو فی النار، ورجل قضی بالحق وهو يعلم، فهو فی الجنه» (۲).

وعلی هذا، فإن من « الحكم بما أنزل اللّه» قضاء القاضی « بالحق وهو يعلم» .

وهذا العلم إن أُخذ من « أهل بيت النبوّه» فهو علم، وإلّا فجهل وضلال.

قال أبو جعفر عليه السلام فی حديث: « فليذهب الحسن - يعنی البصری - يميناً وشمالاً، فواللّه ما يوجد العلم إلّاههنا» (۳).

وقال عليه السـلام لسلمه بن كهيل والحكم بن عتيبه: « شرّقا وغرّبا، فلا تجدان علماً صحيحاً، إلا شيئاً صحيحاً خرج من عندنا أهل البيت» (۴).

فيكون معنی الآـيه الكريمه: «وَ مَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمٰا أَنْزَلَ اَللّٰهُ فَأُولٰئِکَ هُمُ اَلْكٰافِرُونَ» (۵)علی ضوء ما تقدم والأحاديث الوارده عن الفريقين (۶)فی شأن أهل

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۲/۷. أبواب صفات القاضی، الباب ۴.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۲/۶. أبواب صفات القاضی، الباب ۴.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۲۷: ۶۴/۷. أبواب صفات القاضی، الباب ۷.

۴- ۴) وسائل الشيعه ۲۷: ۴۳/۱۶. أبواب صفات القاضی، الباب ۶. وفيه: إلّاشـيئاً خرج، وكلمه « صحيحاً» وردت فی طبعه المكتبه الإسلاميه ج۱۸ ص۲۶ وهی زائده. راجع الكافی ۱: ۳۲۹ ح۳.

۵- ۵) سوره المائده ۵: ۴۴.

۶- ۶) كحـديث الثقلين، ولا سيّما ما اشـتمل من ألفاظه علی جمله « ولا تعلّموهم فإنهم أعلم منكم» وكحديث: « أنا مدينه العلم وعلی بابهـا» و « أنا مـدينه الفقه وعلی بابها» وكحـديث: « مثل أهل بيتی فيكم كمثل سـفينه نوح من ركبها نجا ومن تخلّف عنها هلک» ، وكحـديث: « أقضاكم علی» . ومن هنا كان علی عليه السـلام يقول: « سـلونی قبل أن تفقـدونی» وكان عمر يقول: « لولا علی لهلـک عمر» . وإن شـئت الوقوف علی أسانيـد وألفـاظ هـذه الأحـاديث ونحوهـا، فـارجع إلی كتابنـا (نفحـات الأزهـار فی خلاصه عبقات الأنوار) المطبوع فی عشرين مجلداً، وإلی كتاب (الغدير) وغيرهما.

البيت وعلومهم: ومن لم يحكم بشى خرج صحيحاً من عند أهل البيت فحكمه حكم الجاهليه وإن كان فى درهمين، وأولئك هم الكافرون.

ثم إن « الشهاده» أكثر دوراً وأعمق أثراً من « اليمين» فى حكم الحاكم، « فإنما الشاهد يبطل الحق ويحق الحق، وبالشاهد يوجب الحق، وبالشاهد يعطى» .

وقد وردت فى أحكامها آيات من الكتاب، ونصوص كثيره عن الأئمه الأطهار، أوردها صاحب الوسائل رحمه اللّه فى ۵۶ باباً. . .

ومن هنا كانت مباحثها فى الكتب الفقهيه أوسع من مباحث « اليمين» .

ويعجبنى أن

أذكّر هنا بثلاثه أمور مستفاده من الكتاب والسنّه فى

اشاره

« الشهاده» :

ص:۸۱۴

الأمر الأول: فی اعتبار التعدد فی الشهود

لقـد تقرر فی علم الاصول حجیه خبر الواحد الثقه فی الأحکام. أما فی الموضوعات، فقد ادعی الإجماع علی اعتبار التعدد المعبر عنه ب « البینه» ، واسـتدل له بوجوه، عمدتها خبر مسـعده بن صدقه الذی جاء فیه: « والأشـیاء کلّها علی هذا حتی تستبین أو تقوم به الـبینه» (۱)، وربمـا قیـل: بـأن الإجمـاع هنـا إن لم یکن کاشـفاً عن رأی المعصوم، فلا أقلّ من کشـفه عن اعتبار الخبر المزبور ونحوه وعمل الأصحاب به.

إلا أن التحقیق هو کفایه خبر الثقه فی الموضوعات أیضاً، للسـیره القطعیه التی لا یصـلح للردع عنها مثل خبر مسـعده المخـدوش دلاله بل وسنداً، والإجماع المدّعی لیس بحجّه، ولا یکشف عن اعتبار الخبر عندهم، لاختلافهم فی الاستدلال فی المسأله.

وأیضـاً، لا یعتبر فی المخبر الثقه أن یکون عادلاً، للسـیره العقلائیه القطعیّه، وکون آیه النبأ (۲)رادعه عن هذه السیره یتوقف علی أن یکون الأمر فیها بالتوقف عن قبول خبر الفاسق تعبداً شرعیاً، إلا أن مقتضی الأمر بالتبین والتعلیل بعدم

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۷: ۸۹/۴. وفیه: یستبین لک غیر ذلک. . .

۲- ۲) سوره الحجرات ۴۹: ۶.

الإصابه. . . هو الإرشاد إلى ما عليه السيره العقلائيه، من عدم الاعتماد على خبر الفاسق، لا لكونه فاسقاً بل من جهه عدم الوثوق بخبر الفاسق، وحينئذ، فحيث يكون الفاسق صادقاً فى إخباره، فلا حاجه إلى التبين، لعدم ترتب الإصابه بجهاله والندم على العمل بخبره.

فتحصل، أنه لا يعتبر التعدد ولا العداله فى الإخبار عن الموضوعات، لعدم ثبوت الرادع عن السيره القائمه فيها، هذا فى غير باب القضاء.

أما فى باب القضاء، فليس الأمر بهذه السهوله، لأنه الباب الموضوع لحلّ المنازعات وفصل الخصومات الواقعه فى النفوس والفروج والأنساب والأموال والحقوق. . . هذه الامور التى شدّد الشارع فيها وأكّد على الإحتياط. . . فكان مقتضى الحكمه أن لا يكتفى بشهاده الثقه ولا العدل الواحد، بل اعتبر « البينه» فقال: « إنما أقضى بينكم بالبينات والأيمان» (۱)و « البينه على من ادّعى واليمين على من أنكر» (۲).

ولم يرد عن الشارع الحكم بشهاده الواحد، وحيثما حكم بشهادته لقّبه ب « ذو الشهادتين» (۳).

ومن هنا كان للفظ « البينه» وضع خاص فى عرف الشرع والمتشرعه، فى مقابل معناه اللغوى، وإن شئت فقل: إن « ما يبيّن الشى» فى بحوث القضاء هو « الشهاده العادله» .

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۳۲/۱. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۲.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۹۳/۳. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۲۵.

۳- ۳) اختيار معرفه الرجال ۱: ۲۶۰.

الأمر الثانی: فی حرمه کتمان الشهاده وشهاده الزور

ودلّت النصوص علی حرمه کتمان الشـهاده، وحرمه شـهاده الزور علی حدٍّ سواء، فعن أبی عبد اللّه علیه السلام: « لا ینقضی کلام شاهد الزور من بین یدی الحاکم حتی یتبوء مقعده فی النار، وکذلک من کتم الشهاده» (۱).

وعن أبی جعفر علیه السـلام قال قال رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم: « من کتم شهاده أو شهد بها لیهدر بها دم امرئ مسلم، أو لیزوی بها مال امرئ مسلم، أتی یوم القیامه ولوجهه ظلمه مدّ البصر وفی وجهه کدوح تعرفه الخلائق باسمه ونسبه. . .» (۲).

وعن النبی صـلّی اللّه علیه وآله وسـلّم فی حدیث المناهی: « إنه نهی عن شهاده الزور، ونهی عن کتمان الشهاده وقال: من کتمها أطعمه اللّه لحمه علی رؤوس الخلائق، وهو قول اللّه عزوجل: «وَ لاٰ تَکْتُمُوا اَلشَّهٰادَهَ وَ مَنْ یَکْتُمْهٰا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ» » (۳).

والمستفاد من هذه الأخبار وغیرها کونهما معاً من الکبائر، نعم، بینهما فرق

ص:۸۱۷

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۲۵/۴. کتاب الشهادات، الباب ۹.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۱۲/۲. کتاب الشهادات، الباب ۲.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۱۳/۴. کتاب الشهادات، الباب ۲.

من حيث الضمان، فقد دلّت النصوص بصراحه على ضمان شاهد الزور (١)، ولا نص - ظاهراً - فى ضمان من كتم الشهاده.

إذن، يحرم كتمان الشهاده، ويجب أداؤها. . . ويحرم الشهاده بغير حق. . . لكن قبولها يتوقف على أن تكون « عادله» .

ص:٨١٨

١- ١) راجع وسائل الشيعه: ٢٧. كتاب الشهادات، الباب ١٠ و١١.

الأمر الثالث: فی مصادیق الشهاده العادله

اشاره

وإن الملاک فی الشهاده وقبولها کونها « شهاده عادله» ، ولا تکون الشهاده عادله إلا إذا جمعت شرائط القبول المقرره فی الفقه الجعفری من جمیع الجهات: من جهه صفات الشهود، ومن جهه طریق حصول الشهاده، ومن جهه العدد، ومن جهه کون الشهاده شهاده فرع أو أصل، ومن جهه الحالات الطارئه علی الشاهد. . .

أما من جهه الصفات والخصوصیّات التی یعتبر وجودها أو عدم وجودها فی کلّ شاهد، فإن الشهاده العادله هی شهاده المسلم المؤمن العادل غیر المتهم الذی لا یجرّ بها نفعاً إلی نفسه، ولا یستدفع بها ضرراً عن نفسه.

ومن فروع ذلک: عدم قبول شهاده رفقه الطریق علی اللّصوص، وعدم قبول شهاده الوصی فیما هو وصی فیه، وعدم قبول شهاده السید لعبده المأذون. . . إلی غیر ذلک مما بحث عنه فی الباب الأول من الکتاب.

وأما من جهه طریق حصول الشهاده، فقد تقرر أن الضابط فی الشهاده هو « العلم» ، ثم بحث علماؤنا عن طریق حصول هذا الضابط، فأی شیء یکفی فیه المشاهده؟ وأی شیء یکفی فیه السماع؟ وهل یثبت شیء بالشهاده المستنده إلی الإستفاضه؟ أو إلی الید؟ أو غیر ذلک؟ إلی غیر ذلک مما بحث عنه فی الباب الثانی من الکتاب.

ص:۸۱۹

وأمّا من جهه العـدد، فـإن العـدد المعتبر يختلف بحسب اختلاف الموارد وإن كان المعتبر فى كلّ مورد لم ينص فيه على عـدد خاص هو « شـهاده العدلين» ، فالشـهاده العادله فى مثل السرقه هى شهاده العدلين، وفى مثل الزنا شهاده أربعه رجال، وأمّا شهاده الواحد والامرأتين، والواحد مع يمين المدعى، وشهاده النساء المنفردات، فلا تقبل فى حقوق اللّه مطلقاً. والشهاده العادله فى مثل الطلاق من حقوق الناس هى شـهاده العـدلين، وفى مثل الـدين منها: شـهاده العـدلين، شـهاده الواحـد والامرأتين، الواحـد ويمين المـدعى. وفى مثل الولاده: شـهاده العـدلين، شـهاده الواحـد مع الامرأتين، شـهاده أربع نسوه، وذلك لأن الولاده مما يعسـر أو لا يجوز اطّلاع الرجال عليه غالباً، فقبلت فيها شهاده النساء منفردات. إلى غير ذلك مما بحث عنه فى الباب الثالث من الكتاب.

وأمّـا من جهه كونهـا شـهاده فرع، فـإن الشـهاده على الشـهاده إنمـا تكون عادله فيما إذا كانت واجـده للقوانين المقرره فيها، فإن الشـهاده على الشهاده كيف تتحمل؟ ومتى تقبل؟ وفى أى موضع تقبل؟ وممن تقبل؟ . . . إلى غير ذلك مما بحث عنه فى الباب الرابع من الكتاب.

وأمّا من جهه الحالات الطارئه على الشاهـد، فإن الشـهاده العادله هى الشـهاده الواجـده للقوانين المقرره، كما لو شـهد الشاهـدان فماتا، أو شهدا ثم فسقا، أو شهدا فرجعا. . . إلى غير ذلك مما بحث عنه فى الباب الخامس من الكتاب.

تعريف الشهاده لغه وشرعاً

« الشـهادات» جمع شهاده، يقال: شهد يشهد شهاده، وهى فى اللغه لمعان عديده كالعلم، والحضور، والرؤيه، والإعلام، والإخبار، والمعاينه.

ص:٨٢٠

واقتصر جماعه من اللغويين على الحضور، قالوا: ومنه قوله تعالى: «فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ اَلشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ» (۱).

وقال ابن فارس: « (الشين والهاء والدال) أصل يدلّ على حضور وعلم وإعلام، لا يخرج شيء من فروعه عن الذى ذكرناه، من ذلك: الشهاده، يجمع الاصول التى ذكرناها من الحضور والعلم والإعلام» (۲).

والمراد من الشهاده فى كتاب الشهادات هو: الإعلام والإخبار، ويعتبر فيه الجزم واليقين، ويرادفه فى الفارسيه « گواهى» يقال: شهد بكذا، أى أخبر به، فتكون الشهاده فى هذا الباب بمعنى الإخبار بما قد علم، سواء كان العلم حاصلاً باحدى الحواس الظاهريه، أو بغيرها.

فهذا الإعلام يتفرع على تحقق العلم وحصوله عن طريق الحضور، أو الرؤيه، أو غير ذلك، والشاهد يؤدى الأمر الحاصل عنده، ويبرزه، بلفظ: « أشهد. . .» .

وفى خبر عن مولانا الرضا عليه السلام: إن الحضور شهاده، فقد « سئل عن رجل طهرت امرأته من حيضها، فقال: فلانه طالق وقوم يسمعون كلامه ولم يقل لهم: اشهدوا. أيقع الطلاق عليها؟ قال: نعم، هذه شهاده» (۳).

فتحصل من ذلك: أن « الشهاده» أمر غير « أداء الشهاده» ولذا يقال: هل يجب على الشاهد الشهاده أو لا؟ وأن الشهاده قد تكون وليس بعدها أداء، وأنها

۱- ۱) سوره البقره ۲: ۱۸۵.

۲- ۲) معجم مقاييس اللغه ۳: ۲۲۱.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۲۲: ۵۰/۲. أبواب مقدمات الطلاق، الباب ۲۱، وهو خبر صحيح، ومثله فى الباب المذكور خبران آخران، وهى تدلّ على كفايه إسماع الصيغه.

تتحقق فی الحق وغیره کالهلال، ومن غیر الحاکم ومنه، وأن الروایه غیر الشهاده.

فتعریفهم للشهاده شرعاً بأنها: « إخبار جازم عن حق لازم للغیر واقع من غیر حاکم» (۱)لا یخلو عن نظر.

فالأولی: إیکال الأمر إلی العرف، ولا یبعـد دعوی کون الشـهاده عنـد أهل لعرف انشاءاً لا إخباراً وإن کان ظاهر اللفظ کـذلک، نظیر قول البـائع « بعت» ، بـأن یکون قول القائـل: « أشـهد أن لا ـ إلَه إلا ـ اللّه» إنشاءاً، لا أنه یخبر عن ثبوت الوحـدانیه للّه عزّوجلّ عنده. فتأمل.

وکیف کان، فقد یعتبر فی الشهاده التعدد، بخلاف الإخبار والروایه.

فإن کان للشهاده منشأ کانت صادقه، وإلا فهی کاذبه.

قال المحقق قدّس سرّه: « والنظر فی أطراف خمسه:

---

۱ – ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۱۵۳، مستند الشیعه ۱۸: ۹. عن المسالک، جواهر الکلام ۴۱: ۷، قوانین الاصول: ۴۶۴.

الطرف الأوّل: صفات الشاهد

اشاره

البلوغ * العقل * الإيمان * العداله * ارتفاع التهمه طهاره المولد.

ص:٨٢٣

قال المحقق: « ويشترط فيه سته أوصاف» :

الأول: البلوغ

اشاره

قال: « فلا تقبل شهاده الصبى ما لم يصر مكلفاً. وقيل: تقبل مطلقاً إذا بلغ عشراً، وهو متروك» (۱).

أقول: إن الأصل عدم قبول الشهاده مطلقاً، سواء الصبى وغيره، ولابدّ للخروج عن هذا الأصل من دليل يقتضى القبول.

أما الصبى غير المميز، فلا دليل على قبول شهادته، بل الإجماع بقسميه قائم على عدم القبول، فإذا بلغ عشراً فهو مميز غالباً، فقيل: تقبل شهادته مطلقاً، قال المحقق: « وهو متروك» . وأضاف فى (الجواهر) : بل اعترف غير واحد بعدم معرفه القائل به، وإن نسب (۲)إلى الشيخ فى النهايه، ولكنه وهم (۳).

ص:۸۲۵

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۵.
۲- ۲) الناسب إليه كما فى المسالك هو صاحب كشف الرموز، قال فى المسالك: وهو وهم، وإنما ذكر الشيخ فى النهايه قبول شهادته فى الجراح والقصاص خاصه، نعم، له بعد ذلك عباره موهمه لذلك إلا أن مرادها غيره. انتهى. واعترض فى الرياض على المسالك بأن الموجود فى كلام كاشف الرموز أن الشيخ فى النهايه حكى هذا القول، لا أنه حكاه عنه فيها وهذا نص عباره النهايه: « ويجوز شهاده الصبيان إذا بلغوا عشر سنين فصاعداً إلى أن يبلغوا، فى الشجاج والقصاص، ويؤخذ بأوّل كلامهم. ولا يؤخذ بآخره، ولا تقبل شهادتهم فيما عدا ذلك، من الديون والحقوق والحدود، وإذا اُشهد الصبى على حق، ثم بلغ وذكر ذلك، جاز له أن يشهد بذلك، وقبلت شهادته، إذا كان من أهلها» (النهايه فى مجرّد الفتوى: ۳۳۱) .
۳- ۳) جواهر الكلام ۴۱: ۹.

وقد اختلف عبارات الأصحاب فی قبول شهادته، فی خصوص الجراح والقتل. کما سیأتی.

الأخبار فی شهاده الصبی

نعم، فی (الجواهر) الاستدلال للقبول مطلقاً إذا بلغ عشراً: بإطلاق الشهاده کتاباً وسنّه، وأولویه غیر الدم منه، وقول أمیر المؤمنین علیه السلام فی خبر طلحه ابن زید (۱). . .

. . . وخبر أبی أیوب الخزاز: سألت إسماعیل بن جعفر (۲). . .

وقد أجاب عن الإطلاق بأنه مخصوص بالتبادر وغیره بالبالغ، وعن الأولویه بمنعها، وعن الخبرین بضعف سندیهما وغیر ذلک (۳).

قلت: أما الآیات، فقد جاء فی بعضها لفظ « الرجل» کقوله تعالی: « وَ اِسْتَشْهِدُوا شَهِیدَیْنِ مِنْ رِجالِکُمْ» (۴)وبعضها یشتمل علی الحکم الشرعی، والصبی غیر مکلف، کقوله تعالی: «وَ لا یَأْبَ اَلشُّهَداءُ» (۵)وبعضها مقیّد بالعداله کقوله تعالی: «وَ أَشْهِدُوا ذَوَیْ عَدْلٍ مِنْکُمْ» (۶)والصبی لا یتصف بها، بناءاً علی اشتراط التکلیف أو البلوغ فی صحّه الاتصاف بها، ولو سلّم الإطلاق، فإن الآیه المعتبره للرجولیّه صالحه للتقیید، ولیس موردها بمخصص لها.

ص:۸۲۶

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۴۵/۶. کتاب الشهادات، الباب ۲۳.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۴۴/۳. کتاب الشهادات، الباب ۲۳.

۳- ۳) جواهر الکلام ۴۱: ۹.

۴- ۴) (و۵) سوره البقره ۲: ۲۸۲.

۵- ۵)

۶- ۶) سوره الطلاق ۶۵: ۲.

وأما الأخبار فهی علی طوائف:

فمنها ما هو مطلق، ومن ذلک:

۱ - هشام بن سالم عن أبی عبد اللّه علیه السلام فی قول اللّه عز وجل: «وَ لاٰ یَأْبَ اَلشُّهَدٰاءُ» قال: قبل الشهاده. وقوله: «وَ مَنْ یَکْتُمْهٰا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ» (۱)قال: بعد الشهاده» (۲).

وهذا مطلق بغض النظر عما ذکرنا.

۲ - أبو الصباح عن أبی عبد اللّه علیه السلام « فی قوله تعالی: «وَ لاٰ یَأْبَ اَلشُّهَدٰاءُ إِذٰا مٰا دُعُوا» (۳)قال: لا ینبغی لأحدٍ إذا دعی إلی شهاده لیشهد علیها أن یقول: لا أشهد لکم علیها» (۴).

۳ - جراح المدائنی عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: « إذا دعیت إلی الشهاده فأجب» (۵).

۴ - سماعه عن أبی عبد اللّه علیه السلام « فی قول اللّه عزوجل: «وَ لاٰ یَأْبَ اَلشُّهَدٰاءُ إِذٰا مٰا دُعُوا» فقال: لا ینبغی لأحد إذا دعی إلی شهاده لیشهد علیها أن

۱- ۱) سوره البقره ۲: ۲۸۳.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۰۹/۱. کتاب الشهادات، الباب ۱.

۳- ۳) سوره البقره ۲: ۲۸۲.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۰۹/۲. کتاب الشهادات، الباب ۱. وهو عن الشیخ بإسناده عن الحسین بن سعید عن محمد بن الفضیل عن أبی الصباح. و « محمد بن فضیل» مشترک، وقد وقع الخلاف بینهم فی تعیین محمد بن الفضیل، الراوی عن أبی الصباح الکنانی. فراجع.

۵- ۵) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۰۹/۳. کتاب الشهادات، الباب ۱. وهو عن الشیخ بإسناده عن الحسین بن سعید عن النضر وهو ابن سوید عن القاسم بن سلیمان، عن جراح. و « القاسم بن سلیمان» و « جراح المدائنی» غیر موثقین، لکنهما من رجال کتاب کامل الزیارات.

يقول: لا أشهد لكم» (۱).

۵ – داود بن سرحان عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: « لا یأب الشاهد أن یجیب حین یدعی قبل الکتاب» (۲).

ومنها: ما یدلّ علی عدم قبول شهاده الصبی مطلقاً، ومن ذلک:

۱ – محمد بن مسلم عن أحدهما علیهما السلام قال: فی الصبی یشهد علی الشهاده فقال: « إن عقله حین یدرک أنه حق جازت شهادته» (۳).

۲ – السکونی عن أبی عبد اللّه علیه السلام: « قال قال أمیر المؤمنین علیه السلام: إن شهاده الصبیان إذا أشهدوهم وهم صغار جازت إذا کبروا ما لم ینسوها» (۴).

۳ – عبید بن زراره فی حدیث قال: سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن الذی یشهد علی الشی وهو صغیر قد رآه فی صغره ثم قام به بعدما کبر فقال: « تجعل شهادته نحواً (۵)من شهاده هؤلاء» (۶).

ومنها: ما یدلّ علی القبول فی خصوص القتل، أو مقیداً بقید، مثل:

۱ – جمیل: « قلت لأبی عبد اللّه علیه السلام: تجوز شهاده الصبیان؟ قال:

۱– ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۱۰/۵. کتاب الشهادات، الباب ۱.

۲– ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۱۰/۶. کتاب الشهادات، الباب ۱. وفی طریقه « سهل بن زیاد» وفیه الخلاف المعروف.

۳– ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۴۲/۱. کتاب الشهادات، الباب ۲۱.

۴– ۴) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۴۲/۲. کتاب الشهادات، الباب ۲۱. وفی إسناده « النوفلی» و « السکونی» وقد ذکرنا موجز الکلام فیهما فی بعض حواشی کتاب القضاء.

۵– ۵) فی التهذیب ونسخه من الوسائل « خیراً» .

۶– ۶) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۴۳/۳. کتاب الشهادات، الباب ۲۱.

نعم، فی القتل، یؤخذ بأول کلامه، ولا یؤخذ بالثانی منه» (۱).

وهذا الخبر صحیح علی الأظهر (۲).

۲ - محمد بن حمران: « سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن شهاده الصبی، قال فقال: لا، إلا فی القتل، یؤخذ بأول کلامه، ولا یؤخذ بالثانی» (۳).

وهو معتبر عند بعضهم، خلافاً للجواهر تبعاً للمسالک (۴).

۳ - أبو أیوب الخزاز: « سألت إسماعیل بن جعفر: متی تجوز شهاده الغلام؟ فقال: إذا بلغ عشر سنین. قلت: ویجوز أمره؟ قال فقال: إن رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم دخل بعائشه وهی بنت عشر سنین، ولیس یدخل بالجاریه حتی تکون امرأه، فإذا کان للغلام عشر سنین جاز أمره، وجازت شهادته» (۵)(۶).

وهذا الخبر لیس عن المعصوم فهو موقوف، لکن لا یبعد أن یکون له اعتبارٌ مّا لجلاله قدر إسماعیل وشده حبّ أبیه الصادق علیه السلام له (۷)، إلّاأن ما

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۴۳/۱. کتاب الشهادات، الباب ۲۲.

۲- ۲) وهو: الکلینی عن علی بن إبراهیم عن أبیه عن ابن أبی عمیر عن جمیل، وفی قولنا « علی الأظهر» إشاره إلی الخلاف فی الخبر الذی فی طریقه « إبراهیم بن هاشم» مع وثاقه غیره من رجاله.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۴۳/۲. کتاب الشهادات، الباب ۲۲.

۴- ۴) وهو: الکلینی عن علی بن إبراهیم عن محمد بن عیسی عن یونس عن محمد بن حمران. ففی « محمد بن عیسی - وهو العبیدی -» خلاف بین الأعلام، وقد ذهب المحققون المتأخرون إلی توثیقه، فراجع جواهر الکلام ۴۱: ۱۰.

۵- ۵) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۴۴/۳. کتاب الشهادات، الباب ۲۲.

۶- ۶) فی طریقه: محمد بن عیسی عن یونس. وأما « أبو أیوب الخزاز» فهو ثقه. واسمه « إبراهیم» وذکر الشیخ الجد المامقانی وقوع الخلاف فی اسم أبیه وفی لقبه، قال: « وفی اسم أبیه خلاف: إنه عیسی، أو عثمان أو زیاد، کالخلاف فی لقبه: إنه الخراز بزائین، أو الخزاز براء قبل الألف وزای بعدهما» .

۷- ۷) الأخبار فی حال إسماعیل ابن الإمام الصادق علیه السلام مختلفه، وقد بحث عنها الرجالیون سنداًودلاله، وقد انتهی الکلام فی تنقیح المقال ومعجم رجال الحدیث إلی حسن الرجل وجلالته وشده حب أبیه علیه السلام له. ولکن فی منع جلاله شأنه عن الفتوی بدون الأخذ من المعصوم تأمل کما فی جامع المدارک (۶: ۹۸) .

يدلّ عليه، وهو التسويه بين الرجل والمرأه فی الأحكام، وقبول الشهاده مطلقاً ممن بلغ عشر سنين، مخالف لما عليه الأصحاب، فهم معرضون عن هذا الخبر، وذلك يسقطه عن الاعتبار.

۴ - محمد بن سنان عن الرضا عليه السلام فی شهاده النساء: « لا تجوز شهادتهنّ إلا فی موضع ضروره، مثل شهاده القابله. . . ومثل شهاده الصبيان على القتل، إذا لم يوجد غيرهم» (۱).

وفی راويه « محمد بن سنان» خلاف معروف.

۵ - طلحه بن زيد عن الصادق عن أبيه عن آبائه عن علی عليهم السلام: « شهاده الصبيان جائزه بينهم مالم يفترّقوا أو يرجعوا إلى أهلهم» (۲).

و « طلحه بن زيد» عامی (۳).

الأقوال فی شهاده الصبی

قال المحقق قدّس سرّه: « واختلفت عبارات الأصحاب فی قبول شهادتهم فی الجراح والقتل، فروی جميل عن أبی عبد اللّه عليه السلام: تقبل شهادتهم فی القتل، ويؤخذ بأوّل كلامهم، ومثله روی محمد بن حمران عن أبی عبد اللّه عليه

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۶۵/۵۰. كتاب الشهادات، الباب ۲۴. ويوجد فی سنده من لا توثيق له.
۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۴۵/۶. كتاب الشهادات، الباب ۲۲.
۳- ۳) وهو: الصدوق بإسناده إلی طلحه بن زيد. والظاهر صحه إسناد الصدوق إلی الرجل، وطلحه بن زيد عامی، قال الشيخ: كتابه معتمد. وهو من رجال كامل الزيارات.

السلام. وقال الشيخ فی النهایه: تقبل شهادتهم فی الجراح والقصاص (۱).

وقال فی الخلاف: تقبل شهادتهم فی الجراح مالم یتفرّقوا، إذا اجتمعوا علی مباح (۲).

والتهجّم علی الدماء بخبر الواحد خطر، فالأولی الإقتصار علی القبول فی الجراح بالشروط الثلاثه: بلوغ العشر، وبقاء الإجتماع، إذا کان علی مباح، تمسّکاً بموضع الوفاق» (۳).

أقول: مقتضی الجمع بین الأخبار التی ذکرناها هو القبول فی القتل، إلا أن الشروط المعتبره فیه مختلف فیها کما سیأتی، ولیس فی شیء من الأخبار ذکر للجراح، إلا أن جماعه یذکرونه مع القتل کما فی عباره المحقق، ولعلّه للأولویّه، لکن إثباتها مشکل، وإلّا لزم القبول فی جمیع الامور، لوضوح أهمیه القتل منها، اللهم إلا أن یکون الدلیل عباره الشیخ فی (النهایه) التی ذکرها المحقق، بناء علی أن عباراتها متخذه من متون الأخبار، مؤیداً بخبر دعائم الإسلام (۴).

أمّا فی (الخلاف) ، فقد ذکر الجراح ولم یذکر القتل (۵)، وعلیه المحقق فی (النافع) (۶)بل هو معقد إجماع محکی (الخلاف) و (الانتصار) (۷)، فیکون هو الدلیل العمده، لکن فی (التحریر) و (الدروس) الإشتراط بأن لا یبلغ الجراح

۱- ۱) النهایه: ۳۳۱. وفیه: فی الشجاج والقصاص.

۲- ۲) کتاب الخلاف ۶: ۲۷۰، المسأله ۲۰.

۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۵.

۴- ۴) دعائم الإسلام ۲: ۱۴۲۱/۴۰۸.

۵- ۵) کتاب الخلاف ۶: ۲۷۰، المسأله ۲۰.

۶- ۶) المختصر النافع: ۲۷۸.

۷- ۷) جواهر الکلام ۴۱: ۱۱.

النفس (۱).

ومختار المحقق هنا هو أولويّه الاقتصار على القبول فی الجراح، معللاً بأن التهجّم على الدماء بخبر الواحد خطر.

إنما الكلام فی الشروط المعتبره فی القبول، فقد اختلفت عبارات الأصحاب فيها، تبعاً لاختلاف النصوص، فاعتبر الشيخ رحمه اللّه فی (الخلاف) شرطين أحدهما: مالم يتفرقوا، والثانی: إذا اجتمعوا على مباح (۲)، وزاد المحقق شرطاً ثالثاً وهو: بلوغ العشر، فنقول:

أمّا « بلوغ العشر» فقد ذكر فی الخبر عن إسماعيل فقط، وقد عرفت آنفاً حال هذا الخبر.

وأمّا « كون اجتماعهم على مباح» فلم نعثر على نص يقتضی اعتباره.

وأمّا « بقاء الإجتماع» فيدل عليه خبر طلحه بن زيد (۳)، لكنه ضعيف على المشهور (۴).

ولعل السبب فی اعتبار هذا الشرط هو: أن الصبی يشهد بما سمع أو رأی كما هو الواقع والحقيقه، وإن كان فی شهادته ضرر على أحد من أقرب الناس إليه، أمّا إذا رجع إلى أهله فيحتمل قويّاً أن يلقّنه أهله ما يخالف الواقع، ويشوهوا عليه الحقيقه.

فظهر بما ذكرنا عدم تماميّه اعتبار شیء من الشروط الثلاثه المذكوره،

۱- ۱) الدروس الشرعيّه ۲: ۱۲۳، تحرير الأحكام ۵: ۲۴۳ ۲۴۴.

۲- ۲) كتاب الخلاف ۶: ۲۷۰، المسأله ۲۰.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۴۵/۶. كتاب الشهادات، الباب ۲۲.

۴- ۴) جامع الرواه: ۱/۴۲۱، رجال ابن داود: ۲۵۱/۲۴۴، خلاصه الأقوال: ۳۶۱/۱.

بحسب النصوص الوارده فی المقـام (۱)، لکن الظاهر من قول المحقق قـدّس سـرّه « تمسّـکاً بموضع الوفاق» (۲)هو أن مقصوده طرح النصوص والرجوع إلی الإجماع، والمتیقّن من الإجماع عنده هو الجراح بالشروط الثلاثه.

قلت: إن القدر المتیقن هو اعتبار « الأخذ بأوّل کلامهم» کما فی خبری جمیل ومحمد بن حمران، وعن جماعه کثیره من أصحابنا الأعیان (۳)، واعتبـار قیـد « الضـروره» ، کما فی خبر محمـد بن سـنان (۴)، فلو أمکن الإستشـهاد من بـالغ عـادل لم تقبل شـهاده الصبی، وإلاـ فتسـمع، سواء « بقی الاجتماع» أو لا. ومن ذلک یظهر أن قوله « بینهم» فی خبر طلحه (۵)بیان مصداق ل « الضروره» ولذا قال: « ومثل شهاده الصبیان علی القتل إذا لم یوجد غیرهم» (۶).

ومن هذا الباب قبول أمیر المؤمنین علیه السـلام شهاده الغلمان وقضاؤه بالدیه، فیما رواه السکونی عن الصادق علیه السلام: « رفع إلی أمیر المؤمنین علیه السـلام سته غلمان کانوا فی الفرات، فغرق واحـد منهم، فشـهد ثلاثه منهم علی اثنین أنهما غرّقاه، وشـهد اثنان علی الثلاثه أنهم غرقوه، فقضـی بالدیه ثلاثه أخماس علی الاثنین وخمسین علی الثلاثه» (۷)بناءاً علی کون المراد من الغلام فی الخبر هو

۱- ۱) وتحصـیل الإجماع بقطع النظر عن النصوص الوارده فی المسأله مشـکل جـدّاً، وهل یمکن الإطمینان إلی هذا الإجماع مع وجود هذه النصوص الکثیره؟

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۵.

۳- ۳) المقنعه: ۷۲۷، الإنتصار: ۵۰۶، الکافی فی الفقه: ۴۳۶، النهایه: ۳۳۱، السرائر ۲: ۱۳۶.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۶۵/۵۰. کتاب الشهادات، الباب ۲۴.

۵- ۵) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۴۵/۶. کتاب الشهادات، الباب ۲۲.

۶- ۶) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۶۵/۵۰. کتاب الشهادات، الباب ۲۴.

۷- ۷) وسائل الشیعه ۲۹: ۲۳۵/۱. أبواب موجبات الضمان، الباب ۲.

الصغير.

فهـذا هو القـدر المتيقّن من دلاله الأخبار بعد الجمع بينها، وبه يظهر النظر فى كلمات صاحب (الجواهر) فى هذا المقام، كما بان لك النظر فى كثير من الكلمات المسطوره فى هذا المبحث. هذا كلّه فى القتل.

وأمّـا الجراح، فلابـدّ فيه من القطع بالملاـك، حتى تتم الأـولويّه، وذلك فى غايه الإشـكال، بل ظاهر خبر محمـد بن حمران نفى الأولويه، حيث قال عليه السـلام « لا إلا فى القتل» (١)، اللهم إلا أن يقال بالجراح المنجرّ إلى القتل، لكن فيه: أن القتل قـد يكون بلا جرح.

هذا، ولما كان موضوع النصوص هو « الصبى» ولا دليل علىٰ إلغاء الخصوصـيه، فالظاهر اختصاص الحكم بشهادته دون « الصبيّه» فإنها تبقى على مقتضى الاصول والعمومات الدالّه على عدم قبول شهادتها، وبه صرّح العلّامه فى (التحرير) (٢)والشهيد الثانى فى (الروضه البهيه) (٣)وغيرهما (۴).

١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٣۴٣/٢. كتاب الشهادات، الباب ٢٢.

٢- ٢) تحرير الأحكام ۵: ٢۴۴.

٣- ٣) الروضه البهيّه ٣: ١٢۵.

۴- ۴) رياض المسائل ١۵: ٢٣۶.

الوصف الثانی: العقل

اشاره

قال المحقق قدّس سرّه: « الثانی: کمال العقل، فلا تقبل شهاده المجنون إجماعاً. أما من يناله الجنون أدواراً، فلا بأس بشهادته فی حال إفاقته، لکن بعد استظهار الحاکم بما يتيقن معه حضور ذهنه واستکمال فطنته» (۱).

أقول: أما اعتبار کمال العقل فی الشاهد وأنه لا تقبل شهاده المجنون، فلا يحتاج إلی إقامه الدليل عليه من الکتاب والسنّه والإجماع (۲).

وکذا عدم قبول شهاده من يناله الجنون أدواراً فی حال جنونه، لأنه کالمطبق، أما فی حال إفاقته فلا مانع من قبول شهادته، لأنه فی هذه الحاله کالعاقل، وتشمله أدلّه قبول الشهاده من الکتاب والسنّه، لکن قبول شهادته يکون بعد استظهار الحاکم بما يکشف عن حضور ذهنه واستکمال فطنته، وإلّا

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۶.

۲- ۲) ولئن کان ثمه اشکال فی دلاله ما استدل به، من الکتاب والسنه، ففی الإجماع المصرّح به فی کلام کثير من الأصحاب، محققاً ومنقولاً، وأنه يشترط فی الشاهد العداله کما سيأتی، وتحققها فی غير العاقل غير معقول کما فی المستند، غنیً وکفايه. وأما الاستدلال له بالسيره العقلائيه کما فی مبانی تکمله المنهاج () فقد استشکل عليه فی جامع المدارک () بأن بعض الأشخاص له کمال الدقه والمتانه فی بعض الامور وفی بعضها خارج عن طريق العقلاء، فمع الوثوق بالحفظ والضبط والاحتراز عن الکذب، بحيث يکون سکون النفس الحاصل من إخباره أقوی من السکون الحاصل من قول کثير من العقلاء العدول، الظاهر أن بناء العقلاء علی الاعتماد بأخباره. قلت: الظاهر خروج من ذکره عن بناء العقلاء کما ذکر. لکن الکلام فی المجنون المطبق.

طرح شهادته، بلا إشكال فی ذلک کلّه وبلا خلاف کما فی (الجواهر) (۱).

وهل یکفی عدم الجنون فی حال أداء الشهاده أو یشترط العقل فی حال التحمّل کذلک؟ صرّح کاشف اللثام بالثانی (۲)، وصاحب (الجواهر) بالأوّل (۳)، لأن العداله والضبط والتیقظ ترفع القدح فیه وإن کان قد تحمّلها فی حال جنونه، مضافاً إلی تناول إطلاق أدله قبولها له.

قلت: لکن الأوّل أولی، فإنه لیس حال هذا المجنون حال الصبی الممیّز الذی تقبل شهادته لو أدّاها بالغاً، بل حاله حال الصبی غیر الممیز.

لا تقبل شهاده الساهی والمغفل

قال المحقق قدّس سرّه: « وکذا من یعرض له السهو غالباً، فربما سمع الشیء وأُنسی بعضه، فیکون ذلک مغیراً لفائده اللفظ وناقلاً لمعناه، فحینئذ یجب الاستظهار علیه حتی یستثبت ما یشهد به» (۴).

أقول: فی (الجواهر) : علی وجه یطمئنّ الحاکم بعدم غفلته فیما شهد به، ولو لکون المشهود به مما لا یسهی فیه، بل عباره المتن والقواعد وغیرهما صریحه فی اعتبار یقین الحاکم بذلک (۵)، لکنه لا یخلو من إشکال (۶). لکن الظاهر کون البحث

۱- ۱) جواهر الکلام ۴: ۱۵.

۲- ۲) کشف اللثام ۱۰: ۲۷۲.

۳- ۳) جواهر الکلام ۴۱: ۱۵.

۴- ۴) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۶.

۵- ۵) قواعد الأحکام ۳: ۴۹۳، إیضاح الفوائد ۴: ۴۱۸.

۶- ۶) جواهر الکلام ۴۱: ۱۵.

لفظياً.

قال: « وكذا المغفل الذى فى جبلّته البله، فربما استغلط لعدم تفطّنه لمزايا الامور، والأولى الإعراض عن شهادته ما لم يكن الأمر الجليّ الذى يتحقق الحاكم استثبات الشاهد له، وأنه لا يسهو فى مثله» (۱).

أقول: يدلّ عليه ما روى عن أمير المؤمنين عليه السلام فى قوله عز وجل « مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ اَلشُّهَدٰاءِ» (۲)قال: « ممن ترضون دينه وأمانته وصلاحه وعفّته وتيقّظه فيما يشهد به وتحصيله وتمييزه، فما كلّ صالح مميّزاً ولا محصّلاً ولا كلّ محصّل مميّز صالح» (۳)(۴).

ص:۸۳۷

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۶.

۲- ۲) سوره البقره ۲: ۲۸۲.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۹۹/۲۳. كتاب الشهادات، الباب ۴۱.

۴- ۴) هذا الخبر عن التفسير المنسوب إلى الإمام الحسن العسكرى عليه السلام، وفى إعتبار هذا التفسير خلاف بين العلماء، وقد استدل فى المستند لإلحاق المغفل بالمجنون بالتعليل الوارد فى الموثقه عن محمد بن مسلم فى عدم قبول شهاده السائل بكفّه حيث قال عليه السلام: « لأنه لا يؤمن على الشهاده» وبمرسله يونس: « فإذا كان ظاهره ظاهراً مأموناً جازت شهادته. . .» . وفى الرياض عدم وجدان الخلاف بين المتأخرين فى هذا الحكم.

الوصف الثالث: الإيمان

اشاره

قال المحقق قدّس سرّه: « الثالث: الإيمان، فلا تقبل شهاده غير المؤمن وإن اتصف بالإسلام لا على مؤمن ولا على غيره، لاتّصافه بالفسق والظلم المانع من قبول الشهاده» (۱).

أقول: إن الإيمان بالمعنى الأخص الذی هو الإقرار بإمامه الأئمه الاثنی عشر علیهم السلام من الأوصاف المعتبره فی الشاهد بلا خلاف، فلا تقبل شهاده غیر المؤمن بالمعنى المذکور وإن اتصف بالإسلام، لا على مؤمن ولا على غیره، إلّا ما سیأتی.

وقد جعل المحقق دلیل عدم القبول اتصاف غیر المؤمن بالفسق والظلم المانعین من قبول الشهاده، وفی (الجواهر) : لاتصافه بالکفر فضلاً عن الفسق والظلم (۲).

لکن کفر غیر المؤمن بالمعنى الأخص محلّ خلاف، فعلى القول به کما هو مذهب جماعه بل قد حکى بعضهم الإجماع علیه فالمطلب تام بلا إشکال.

واستدلّ صاحب (الجواهر) لعدم قبول شهاده غیر المؤمن بعدم الخلاف بل عن جماعه الإجماع علیه، بل لعلّه من ضروریّ المذهب فی هذا الزمان.

ص:۸۳۸

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۶.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۲: ۱۶.

لکن فی المسأله خلاف من بعض المتأخرین.

واستدّل رحمه اللّه بالأصل بعد اختصاص إطلاقات الکتاب والسنّه ولو للتبادر وغیره بالمؤمن.

قلت: إن کانت الأدله منصرفه عن المخالف أو لا تشمله إطلاقاتها، فالأصل تام، بل قد ذکرنا أن الأصل فی صوره الشک هو عدم قبول الشهاده مطلقاً.

قال: خصوصاً نحو «رِجَالِکُمْ» و «مِمَّنْ تَرْضَوْنَ» بناءاً علی المعلوم من مذهب الامامیّه من اختصاص الخطاب بالمشافهین دون غیرهم، ولیس المخالف بموجود فی زمن الخطاب. ولو سلّم العموم، فقد عرفت الخبر المفسر لقوله تعالی: «تَرْضَوْنَ» برضا دینه، ولا ریب فی کونه غیر مرضی الدین (۱).

قلت: یشکل أن یکون الخطاب للمؤمنین الواقعیین، علی أنه یقتضی عدم تکلیف المخالفین بطائفه من الأحکام التکلیفیه الصادره بالخطابات.

ثم استدلّ بالنصوص الوارده فی لعن المخالفین والدعاء علیهم، وأنهم « مجوس هذه الأُمه» (۲)و « شرّ من الیهود والنصاری» (۳)، وأنهم « لغیر رشده» (۴)ونحو ذلک (۵).

أقول: والعمده فی الإستدلال إسقاط المخالف عن العداله، لعدم اعتقاده بالولایه، فإذا ثبت ذلک تم الاستدلال.

ص:۸۳۹

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۱: ۱۶.
۲- ۲) مستدرک الوسائل ۱۲: ۳۱۷/۲۴، عوالی اللئالی ۱: ۱۶۶/۱۷۵.
۳- ۳) وسائل الشیعه ۱: ۲۲/۵. أبواب الماء المضاف، الباب ۱۱.
۴- ۴) شرح الأخبار ۱: ۴۴۶/۱۲۴، المناقب لابن شهرآشوب ۳: ۲۴۰.
۵- ۵) جواهر الکلام ۴۱: ۱۷.

ومذهب المحقق وجماعه صدق « الفاسق» و « الظالم» عليه (۱). فإن كان المراد هو الصدق العرفی، فإن الفسق ليس من المفاهيم العرفيه التی يرجع فی تشخيصها إلی أهل العرف. وأما فی الشرع فالفسق، يتحقق بمعصيه اللّه، وتحقق ذلک من المخالف محلّ خلاف، فهل فعل المعصيه مع الجهل بكونها معصيه فسق؟ .

لا ـ إشكال فی تحقق الفسق بحسب الواقع بفعل المعصيه مع الجهل بكونها معصيه، وأما بحسب الظاهر، فالشهيد الثانی فی (المسالک) علی العدم، فإنه بعد أن اعترف بأن ظاهر الأصحاب الاتفاق علی اشتراط الإيمان قال: وينبغی أن يكون هو الحجّه. ثم ذكر الاستدلال بصدق « الفاسق» و « الظالم» عليه، ثم قال: « وفيه نظر، لأن الفسق إنما يتحقق بفعل المعصيه المخصوصه مع العلم بكونها معصيه، أما مع عدمه بل مع اعتقاد أنها طاعه بل من اُمّهات الطاعات، فلا، والأمر فی المخالف للحق فی الإعتقاد كذلک، لأنه لا ـ يعتقد المعصيه، بل يزعم أن اعتقاده من أهم الطاعات، سواء كان اعتقاده صادراً عن نظر أم تقليد، ومع ذلک لا يتحقق الظلم أيضاً، وإنما يتفق ذلک ممن يعاند الحق مع علمه به، وهذا لا ـ يكاد يتفق وإن توهّمه من لا ـ علم له بالحال، والعامّه مع اشتراطهم العداله فی الشاهد يقبلون شهاده المخالف لهم فی الاصول مالم يبلغ خلافه حدّ الكفر، أو يخالف اعتقاده دليلاً قطعيّاً بحيث يكون اعتقاده ناشئاً عن محض التقصير.

والحق: إن العداله تتحقق فی جميع أهل الملل مع قيامهم بمقتضاها بحسب اعتقادهم، ويحتاج فی إخراج بعض الأفراد إلی الدليل، وسيأتی فی شهاده أهل

۱- ۱) تقدم عن المحقق. وانظر: مسالک الأفهام ۱۴: ۱۵۹، جامع المقاصد ۲: ۳۷۲، روض الجنان ۲: ۷۶۷، مجمع الفائده والبرهان ۱۲: ۲۹۸، كشف اللثام ۱۰: ۲۷۲.

الذمّه فی الوصیّه ما یدلّ علیه.

وعلی مـا ذکره المصـنف من فسق المخالف، فاشتراط الإیمان بخصوصه مع ما سـیأتی من اشتراط العـداله لا حاجه إلیه، لـدخوله فیه» (۱).

وقد شدّد علیه النکیر الأردبیلی (۲)وصاحب (الجواهر) (۳). وقال کاشف اللثام: هو من الضعف بمکان (۴).

وهو کذلک، ومواقع النظر فیه کثیره، ومنها اسـتدلاله بقبول شـهاده أهل الذمّه فی الوصیّه، فإن قبول الشهاده لا یدلّ علی العداله، وعلی مـا ذکره، لاـ یبقی وجه لاـشتراط الإیمـان، بـل المعتبر هو العـداله سواء اعتقـد بالولاـیه بالإضـافه إلی سائر اعتقاداته أو لا، فیکون « العادل» مثل « العاقل» إذ یصدق « العاقل» علی من کانت أعماله مطابقه لحکم العقل، سواء کان مسلماً أو لا.

وإن أراد تحقق « العـداله» عنـده بحسب اعتقـاداته فی ملّته وکونه معـذوراً، ففیه: إنه یخـالف ظـاهر قوله تعـالی: «قُـلْ هَـلْ نُنَبِّئُکُمْ بِالْأَخْسَـرِینَ أَعْمٰالاً * اَلَّذِینَ ضَلَّ سَـعْیُهُمْ فِی اَلْحَیٰاهِ اَلدُّنْیٰا وَ هُمْ یَحْسَـبُونَ أَنَّهُمْ یُحْسِـنُونَ صُـنْعاً» (۵)إذ لاـ فرق بین هؤلاء والکفّار والمشرکین فی أنهم یحسبون أنهم یحسنون صنعاً.

والتحقیق: إن العذر یکون قبل تمامیّه الحجّه، وهذا ما یحکم به العقل ویرشد

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۱۶۰.

۲- ۲) مجمع الفائده والبرهان ۱۲: ۳۰۱.

۳- ۳) جواهر الکلام ۴۱: ۱۸.

۴- ۴) کشف اللثام ۱۰: ۲۷۲.

۵- ۵) سوره الکهف ۱۸: ۱۰۴.

إليه قوله عز وجل «وَ مٰا كُنّٰا مُعَذِّبِينَ حَتّٰى نَبْعَثَ رَسُولاً» (۱)لكن الحجّه قد تمّت (۲)، و «قَدْ تَبَيَّنَ اَلرُّشْدُ مِنَ اَلْغَيِّ» (۳)فالمخالفون فاسقون لا سيّما وأن أكثرهم متعصبون ومعاندون، وفى الخبر: « نحن الذين فرض اللّه طاعتنا، لا يسع الناس إلا معرفتنا، ولا يعذر الناس بجهالتنا، من عرفنا كان مؤمناً، ومن أنكرنا كان كافراً، ومن لم يعرفنا ولم ينكرنا كان ضالّاً حتى يرجع إلى الهدى الذى افترض اللّه عليه من طاعتنا الواجبه، فإن يمت على ضلالته يفعل اللّه به ما يشاء» (۴).

ويدلّ هذا الخبر - كغيره من الأخبار المستفيضه - على أن المخالفين معاقبون وأن جميعهم مقصرون، وإليك نصوص بعضها:

۱- محمد بن مسلم قال: « سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: كلّ من دان اللّه عزوجل بعباده يجهد فيها نفسه ولا إمام له من اللّه، فسعيه غير مقبول، وهو ضال متحير، واللّه شانئ لأعماله، ومثله كمثل شاه ضلّت عن راعيها وقطيعها فهجمت ذاهبه وجائيه يومها، فلما جنّها الليل بصرت بقطيع مع غير راعيها. . . واللّه يا محمد: من أصبح من هذه الاُمّه لا إمام له من اللّه عزّوجلّ، ظاهراً عادلاً، أصبح ضالّاً تائهاً، وإن مات على هذه الحال مات ميته كفر ونفاق. واعلم يا محمد أن أئمه الجور وأتباعهم لمعزولون عن دين اللّه، قد ضلّوا وأضلّوا، فأعمالهم التى يعملونها

۱- ۱) سوره الإسراء ۱۷: ۱۵.

۲- ۲) وأى حجه أتم وأكمل مما ورد فى خصوص الولايه كتاباً وسنه؟ ناهيك بحديث الغدير الذى فاق حدّالتواتر بأضعاف مضاعفه عند المسلمين ودل على الامامه والولايه بكلّ وضوح باعتراف المخالفين، وإن شئت الوقوف على طرف من طرق هذا الحديث، والاطلاع على جانب من وجوه دلالته، فراجع الأجزاء ۶ - ۹ من كتابنا (نفحات الأزهار فى خلاصه عبقات الأنوار فى إمامه الأئمه الأطهار) وكتاب (الغدير) .

۳- ۳) سوره البقره ۲: ۲۵۶.

۴- ۴) الكافى ۱: ۱۴۴/۱۱. باب فرض طاعه الأئمه.

«كَرَمٰادٍ اِشْتَدَّتْ بِهِ اَلرِّيحُ فِي يَوْمٍ عٰاصِفٍ لاٰ يَقْدِرُونَ مِمّٰا كَسَبُوا عَلىٰ شَيْءٍ ذٰلِكَ هُوَ اَلضَّلاٰلُ اَلْبَعِيدُ» (۱).

۲ - ابن أبی نصر، عن أبی الحسن علیه السلام « فی قول اللّه عز وجل «وَ مَنْ أَضَلُّ مِمَّنِ اِتَّبَعَ هَوٰاهُ بِغَيْرِ هُدىً مِنَ اَللّٰهِ» (۲)قال: یعنی من اتّخذ دینه ورأیه بغیر إمام من أئمه الهدی» (۳).

۳ - عبد اللّه بن أبی یعفور فی حدیث عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: « لا دین لمن دان اللّه بولایه إمام جائر لیس من اللّه، ولا عتب علی من دان بولایه إمام عادل من اللّه. قلت: لا دین لُاولئک ولا عتب علی هؤلاء؟ قال: نعم، لا دین لُاولئک، ولا عتب علی هؤلاء، ثم قال: ألا تسمع لقول اللّه عزوجل «اَللّٰهُ وَلِيُّ اَلَّذِينَ آمَنُوا يُخْرِجُهُمْ مِنَ اَلظُّلُمٰاتِ إِلَى اَلنُّورِ» (۴)یعنی ظلمات الذنوب إلی نور التوبه والمغفره لولایتهم کلّ إمام عادل من اللّه. وقال «وَ اَلَّذِينَ كَفَرُوا أَوْلِيٰاؤُهُمُ اَلطّٰاغُوتُ يُخْرِجُونَهُمْ مِنَ اَلنُّورِ إِلَى اَلظُّلُمٰاتِ» (۵)إنما عنی بهذا أنهم کانوا علی نور الإسلام، فلمّا أن تولّوا کلّ إمام جائر لیس من اللّه عزّوجلّ، خرجوا بولایتهم من نور الإسلام إلی ظلمات الکفر، فأوجب اللّه لهم النار مع الکفار، فأولئک أصحاب النار هم فیها خالدون» (۶).

ص:۸۴۳

۱- ۱) الکافی ۱: ۳۰۶/۲. باب فیمن دان اللّه بغیر إمام من اللّه.

۲- ۲) سوره القصص ۲۸: ۵۰.

۳- ۳) الکافی ۱: ۳۰۶/۱. باب فیمن دان اللّه بغیر إمام من اللّه.

۴- ۴) سوره البقره ۲: ۲۵۷.

۵- ۵) سوره البقره ۲: ۲۵۷.

۶- ۶) الکافی ۱: ۳۰۷/۳. باب فیمن دان اللّه بغیر إمام من اللّه.

۴ – الحارث بن المغيره: « قلت لأبی عبد اللّه عليه السـلام قال رسول اللّه صلّی اللّه عليه وآله وسلّم: من مات لا يعرف إمامه مات ميته جاهليه؟

قال: نعم.

قلت: جاهليه جهلاء أو جاهليه لا يعرف إمامه؟ .

قال: جاهليه كفر ونفاق وضلال» (۱).

نعم، مع إظهارهم الشـهادتين يشـكل القول بنجاسـتهم كما عن بعض الأصـحاب (۲)، وقـد كـان رسول اللّه صـلّی اللّه عليه وآله وسلّم يعاشرهم ويعاملهم معامله الاسلام، ولا ينافی ذلك كونهم كفاراً فی الواقع.

والحاصل: أنه لا تقبل شهاده غير المؤمن الاثنی عشری مطلقاً.

قبول شهاده الذمّی فی الوصيّه

قـال المحقق: « نعم، تقبـل شـهاده الـذمی خاصّه فی الوصيّه إذا لم يوجـد من عـدول المسـلمين من يشـهد بها، ولا يشترط كون الموصی فی غربه، وباشتراطه روايه مطرحه» (۳).

ذكر نصوص المسأله

اشاره

أقول: ينبغی أن نورد أوّلاً النصوص الوارده فی المسأله، ثم نتعرّض لجهات البحث فيها:

ص:۸۴۴

۱– ۱) الكافی ۱: ۳۰۸/۳ باب من مات وليس له إمام.

۲– ۲) انظر كشف اللثام ۱: ۴۱۰، إيضاح الفوائد ۱: ۲۷، جواهر الكلام ۶: ۵۸ ۵۹.

۳– ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۶.

فی الوسائل باب: [قبول شهاده المسلم علی الکافر وعدم جواز قبول شهاده الکافر علیه ولو ذمیّاً عدا ما استثنی]:

۱ - أبو عبیده عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: « تجوز شهاده المسلمین علی جمیع أهل الملل، ولا تجوز شهاده أهل الذمّه [الملل] علی المسلمین» (۱).

۲ - سماعه قال: « سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن شهاده أهل الملّه، قال: فقال: لا تجوز إلّاعلی ملّتهم. . .» (۲).

وفی باب: [أن الکافر إذا أشهد علی شهاده ثم أسلم فشهد بها قبلت] روایات نذکر بعضها. ولا یخفی أنه لا إطلاق لهذا العنوان، لأنه فی مقام بیان أنه لاتلحظ الحاله السابقه مع تحقق الإسلام حین أداء الشهاده، فلا وجه للاستدلال بأخبار هذا الباب علی قبول شهاده المسلم مطلقاً. ومن أخبار هذا الباب:

۱ - صفوان بن یحیی: « إنه سأل أبا الحسن علیه السلام عن رجل أشهد أجیره علی شهاده ثم فارقه، أتجوز شهادته بعد أن یفارقه؟ قال: نعم، قلت: فیهودی أُشهد علی شهاده ثم أسلم أتجوز شهادته؟ قال: نعم» (۳).

۲ - محمد بن حمران عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: « سألته عن نصرانی أُشهد علی شهاده ثم أسلم بعد، أتجوز شهادته؟ قال: نعم، هو علی موضع شهادته» (۴).

۳ - محمد بن مسلم عن أحدهما: قال: « سألته عن الصبیّ والعبد والنصرانی

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۸۶/۱. کتاب الشهادات، الباب ۳۸.
۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۸۶/۲. کتاب الشهادات، الباب ۳۸.
۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۸۷/۲. کتاب الشهادات، الباب ۳۹.
۴- ۴) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۸۷/۳. کتاب الشهادات، الباب ۳۹.

يشهدون شهاده فيسلم النصرانی، أتجوز شهادته؟ قال: نعم» (۱).

۴ – السکونی عن أبی عبد اللّه علیه السلام « قال قال أمیر المؤمنین علیه السلام: الیهودی والنصرانی إذا أشهدوا ثم أسلموا جازت شهادتهم» (۲).

۵ – إسماعیل بن أبی زیاد عن جعفر عن أبیه عن علی علیه السلام: « إن شهاده الصبیان إذا شهدوا وهم صغار جازت إذا کبروا ما لم ینسوها، وکذلک الیهود والنصاری إذا أسلموا جازت شهادتهم» (۳).

وفی باب [قبول شهاده الیهود والنصاری والمجوس وغیرهم علی الوصیه فی الضروره]:

۱ – الحلبی قال: « سألت أبا عبد اللّه علیه السلام هل تجوز شهاده أهل الذمه علی غیر أهل ملّتهم؟ قال: نعم إن لم یوجد من أهل ملّتهم جازت شهاده غیرهم، إنه لا یصلح ذهاب حق أحد» (۴).

وهذا الخبر مخصص لما تقدم، وهو مطلق غیر مقیّد بالوصیّه.

۲ – أحمد بن عمر قال: « سألته عن قول اللّه عزوجل: «ذَوٰا عَدْلٍ مِنْکُمْ أَوْ آخَرٰانِ مِنْ غَیْرِکُمْ» (۵)قال: اللذان منکم مسلمان، واللذان من غیرکم من أهل الکتاب، فإن لم یجد من أهل الکتاب فمن المجوس، لأن رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم قال: سنّوا بهم سنّه أهل الکتاب، وذلک إذا مات الرجل بأرض غربه

۱– ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۸۸/۴. کتاب الشهادات، الباب ۳۹.

۲– ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۸۸/۵. کتاب الشهادات، الباب ۳۹.

۳– ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۸۹/۸. کتاب الشهادات، الباب ۳۹.

۴– ۴) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۸۹/۱. کتاب الشهادات، الباب ۴۰.

۵– ۵) سوره المائده ۵: ۱۰۶.

فلم يجد مسلمين يشهدهما فرجلان من أهل الكتاب» (۱).

ويفيد هذا الخبر وجود خصوصيه فی أهل الكتاب، فلا تقبل شهاده غيرهم من الكفار.

۳ - هشام بن الحكم عن أبی عبد اللّه علیه السلام « فی قول اللّه عز وجل: «أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ» فقال: إذا [إن] كان الرجل فی أرض غربه ولا يوجد فيها مسلم، جازت شهاده من ليس بمسلم فی [على] الوصيه» (۲).

و إطلاق « من ليس بمسلم» يقيد بما دلّ على اشتراط كونه من أهل الكتاب، وقوله « فی الوصيه» يقيد إطلاق ما دلّ على القبول مطلقاً.

۴ - سماعه: « سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن شهاده أهل الملّه. قال: فقال لا تجوز إلا على أهل ملّتهم، فإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصيّه، لأنه لا يصلح ذهاب حق أحد» (۳).

وهذا أيضاً مقيّد بالوصيّه. اللهم إلا أن يؤخذ بعموم التعليل فی « لأنه لا يصلح ذهاب حق أحد» فلا يختص القبول بها.

وفی باب [ثبوت الوصيه بشهاده مسلمين عدلين وبشهاده ذميين مع الضروره وعدم وجود المسلم]:

۱ - ضريس الكناسی: « سألت أبا جعفر علیه السلام عن شهاده أهل الملل، هل تجوز على رجل مسلم من غير أهل ملّتهم؟ فقال: لا، إلّاأن لا يوجد فی تلك الحال غيرهم، وإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم فی الوصيه، لأنه لا

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۹۰/۲. كتاب الشهادات، الباب ۴۰.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۹۰/۳. كتاب الشهادات، الباب ۴۰.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۹۰/۴. كتاب الشهادات، الباب ۴۰.

يصلح ذهاب حق امرء مسلم ولا تبطل وصيّته» (١).

٢ - أبو الصباح الكنانى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: « سألته عن قول اللّه عزّوجلّ: «يَا أَيُّهَا اَلَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ اَلْمَوْتُ حِينَ اَلْوَصِيَّةِ اِثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ» (٢)قلت: ما آخران من غيركم؟ قال: هما كافران. قلت: ذوا عدل منكم. قال: مسلمان» (٣).

٣ - الحلبى ومحمد بن مسلم عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: « سألته هل تجوز شهاده أهل ملّه من غير أهل ملّتهم؟ قال: نعم إذا لم يوجد من أهل ملتهم جازت شهاده غيرهم، إنه لا يصلح ذهاب حق أحد» (۴).

۴ - حمزه بن حمران عن أبى عبد اللّه عليه السلام: قال: « سألته عن قول اللّه عزّوجلّ: «ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ» قال فقال: اللذان منكم مسلمان واللذان من غيركم من أهل الكتاب، فقال: إذا مات الرجل المسلم بأرض غربه، فطلب رجلين مسلمين يشهدهما على وصيته، فلم يجد مسلمين، فليشهد على وصيته رجلين ذميين من أهل الكتاب مرضيين عند أصحابهما» (۵).

۵ - يحيى بن محمد قال: « سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن قول اللّه عزّوجلّ «أَيُّهَا اَلَّذِينَ آمَنُوا. . .» (۶)قال: اللذان منكم مسلمان واللذان من غيركم

ص:۸۴۸

١- ١) وسائل الشيعه ١٩: ٣٠٩/١. كتاب الوصايا، الباب ٢٠.

٢- ٢) سوره المائده ۵: ١٠۶.

٣- ٣) وسائل الشيعه ١٩: ٣٠٩/٢. كتاب الوصايا، الباب ٢٠.

۴- ۴) وسائل الشيعه ١٩: ٣١٠/٣. كتاب الوصايا، الباب ٢٠.

۵- ۵) وسائل الشيعه ١٩: ٣١٢/٧. كتاب الوصايا، الباب ٢٠.

۶- ۶) سوره المائده ۵: ١٠۶.

من أهـل الكتـاب، فإن لم تجـدوا من أهل الكتاب فمن المجوس، لأن رسول اللّه صـلّى اللّه عليه وآله وسـلّم سنّ فيهم سـنّه أهل الكتاب فى الجزيه، وذلك إذا مات الرجل فى أرض غربه فلم يوجد مسلمان. . .» (١).

وفى خبر سـعد بن عبد اللّه فى (بصائر الدرجات) عن المفضل بن عمر عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى كتاب إليه قال: « وأما ما ذكرت أنهم يسـتحلّون الشـهادات بعضـهم لبعض على غيرهم، فـإن ذلك لا يجوز ولا يحلّ، وليس هو على ما تأوّلوا إلّاالقول اللّه عزوجـل «يَا أَيُّهَا اَلَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَهُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ اَلْمَوْتُ. . .» وذلك إذا كان مسافراً، فحضـره الموت، أشـهد اثنين ذوى عدل من أهل دينه، فإن لم يجد فآخران ممن يقرأ القرآن من غير أهل ولايته. . .» (٢).

هذه طائفه من أخبار المسأله ذكرناها بقدر الحاجه.

قال المحقق: « تقبل شهاده الذمى خاصه فى الوصيّه إذا لم يوجد من عدول المسلمين من يشهد بها» (٣).

أقول: قيّد المحقق قبول شهاده غير المؤمن بثلاثه قيود:

الأول: كونه ذمّياً، وقد احترز بقوله: « خاصه» عن غيره.

والثانى: فى الوصيّه، وقد احترز به عن غيرها.

والثالث: إذا لم يوجد من عدول المسلمين من يشهد بها.

وفى الأخبار المذكوره ما يدلّ على كلّ واحد من هذه القيود، كما لا يخفى.

وتفصيل الكلام فى هذه المسأله يكون بالبحث فى جهات:

١- ١) وسائل الشيعه ١٩: ٣١١/۶. كتاب الوصايا، الباب ٢٠.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٩: ٣١٣/٨. كتاب الوصايا، الباب ٢٠.

٣- ٣) شرائع الإسلام ۴: ١٢۶.

۱ – هل تقبل شهاده الذمی فی الوصیه بالولایه؟

الظّاهر: أنّه تقبل شهاده الذمی فی الوصیه فی الأموال والولایه.

لکن فی (المسالک) : فی الأموال. قال: والحکم مختص بوصیّه المال، فلا تثبت الوصیه بالولایه المعبّر عنها بالوصایه، وقوفاً فیما خالف الأصل علی مورده (۱).

قلت: لا یوجد فی الروایات ما یمکن أن یستظهر منه التقیید بالأموال إلّا جمله: « لأنه لا یصلح ذهاب حق أحد» بدعوی عدم کون الولایه ونحوها من الحقوق. ولعلّه المراد من قول الأردبیلی: إنه یشعر بذلک بعض الروایات (۲).

ولکن الظاهر شمول « الحق» فی الروایه لحق الوصایه أیضاً.

۲ – هل تقبل شهاده الذمی خاصه أو تقبل من مطلق أهل الکتاب؟

الظاهر الإتفاق علی عدم قبول شهاده الکافر الحربی وغیر الکتابی، وقد عرفت دلاله بعض الأخبار المذکوره علی القبول من غیر تقیید بالذمی، نعم، جاء فی خبر حمزه بن حمران حیث قال علیه السلام « أشهد علی وصیته رجلین ذمیین من أهل الکتاب مرضیین عند أصحابهما» (۳).

لکن قیل: بأنه ضعیف سنداً فلا یصلح للتقیید (۴).

ص:۸۵۰

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۱۶۳.

۲- ۲) مجمع الفائده والبرهان ۱۲: ۳۰۷.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۱۹: ۳۱۲/۷.

۴- ۴) مبانی تکمله المنهاج: فإن حمزه بن حمران لم یرد فیه توثیق ولا مدح، فالخبر ضعیف وعمل الأصحاب غیر جابر فالذمیه غیر معتبره (۱: ۲۶۰) . قلت: وینبغی أن یضاف إلی ذلک عدم دلاله روایه أصحاب الإجماع علی الوثاقه، فقد ذکروا روایه صفوان وابن أبی عمیر عنه. فتأمل.

إلا أن عمل الأصحاب بل الإجماع كما قيل، يجبر ضعفه عندنا، واحتمال أنهم قد أفتوا بذلك لا عملاً بالخبر، بل لعلّهم فهموا خصوص الذمی من أخبار المسأله، ضعیف جداً، خصوصاً مع التصریح المذکور فی خبر حمزه بن حمران.

وأما التقیید به فی خبر الحلبی، فقد جاء فی السؤال حیث قال: « هل تجوز شهاده أهل الذمه علی غیر أهل ملّتهم؟» (۱)علی أنه لا تعرّض فی الجواب للوصیّه.

فالحاصل، اختصاص القبول بالذمی خاصه، لخبر حمزه المنجبر بالعمل.

۳ – إختصاص القبول بالوصیه

إن قبول شهاده الذمی مختص بالوصیّه، کما دلّ علیه قوله تعالی: «یَا أَیُّهَا اَلَّذِینَ آمَنُوا شَهَادَهُ بَیْنِکُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَکُمُ اَلْمَوْتُ حِینَ اَلْوَصِیَّهِ. . .» (۲).

وکذا أخبار المسأله بعد تقیید مطلقاتها بمقیداتها، بل علیه الإجماع بقسمیه فی (الجواهر) (۳).

۴ – هل یتقدّم المسلمان الفاسقان علی الذمیین؟

قد عرفت قول المحقق: « إذا لم یوجد من عدول المسلمین من یشهد بها» (۴)

ص:۸۵۱

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۸۹/۱. کتاب الشهادات، الباب ۴۰.

۲- ۲) سوره المائده ۵: ۱۰۶.

۳- ۳) جواهر الکلام ۴۱: ۲۰.

۴- ۴) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۶.

وفی (الجواهر) : لا یلحق بأهل الذمه فساق المسلمین فی الحکم المزبور، لحرمه القیاس عندنا (1).

لکن عن العلّامه فی (التذکره) : « لو وجد مسلمان فاسقان، فإن کان فسقهما بغیر الکذب والخیانه، فالأولی أنهما أولی من أهل الذمّه، ولو کان فسقهما یتضمن اعتماد الکذب وعدم التحرّز عنه فأهل الذمه أولی» وقال أیضاً: « ولو وجد مسلمان مجهولا العداله، فهما أولی من شهود أهل الذمه» (2).

ومال إلیه فی (المسالک) (3).

أقول: الأولویه التی ذکرها متوقفه علی القطع بالملاک، وحصوله مشکل جدّاً، لا سیما مع اشتراط العداله فی الکافر الذمّی علی مذهبه، کما هو مدلول بعض الأخبار، إذ لا یخفی أن الصالح فی مذهبه مقدّم علی المسلم الفاسق، لا سیما غیر المتحرز عن الکذب.

وإن کان دلیل ما ذهب إلیه هو الأخذ بعموم التعلیل فی قوله علیه السلام « لأنه لا یصلح ذهاب حق أحد» (4)ففیه:

أوّلاً: إن مقتضی عموم التعلیل هو القبول فی غیر الوصیه أیضاً، وهذا لا یقول به أحد، اللهم إلّاأن یقال: بأن فی الوصیه خصوصیه تقتضی القبول ولیست فی غیرها، وهی موت الشخص الموصی، فإنه إذا لم تقبل الشهاده علی وصیته ضاع حقه، ولا طریق آخر إلی إثباته.

1- 1) جواهر الکلام 41: 21.

2- 2) تذکره الفقهاء: 2/522. (حجری) ، جواهر الکلام 41: 21.

3- 3) مسالک الأفهام 14: 163، جواهر الکلام 41: 21.

4- 4) وسائل الشیعه 27: 390/4. کتاب الشهادات، الباب 40.

وثانياً: إن الإستدلال المذكور يتوقف على كون الجمله المذكوره علّه لا حكمه.

هذا، مع أن صريح الآيه الكريمه اشتراط العداله في الشاهدين المسلمين.

۵ – هل تقبل شهاده المسلم العدل الواحد مع ذمّي واحد؟

قد يقال بذلك، ووجهه الأولويه في القبول من الذميين.

وفيه: إنه يتوقف على القطع بالملاك كما تقدّم.

۶ – هل يشترط كون الموصي في غربه؟

قال المحقق: « ولا يشترط كون الموصي في غربه، وباشتراطه روايه مطرحه» (۱).

أقول: في هذه الجهه قولان، وظاهر الآيه الكريمه: «يَا أَيُّهَا اَلَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ اَلْمَوْتُ حِينَ اَلْوَصِيَّةِ اِثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي اَلْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ اَلْمَوْتِ» (۲). كون الموصي مسافراً، فالجمله شرطيه ومفهومها حجه، وبه أخذ جماعه، كالشيخ في (المبسوط) (۳)وابن الجنيد (۴)وأبي الصلاح الحلبي (۵)، بل ربما يفهم من بعضهم

ص:۸۵۳

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۶.

۲- ۲) سوره المائده ۵: ۱۰۶.

۳- ۳) المبسوط في فقه الإماميه ۸: ۱۸۷.

۴- ۴) مختلف الشيعه ۸: ۵۰۷. عن ابن الجنيد.

۵- ۵) الكافي في الفقه: ۴۳۶.

الإجماع علیه کما فی (الجواهر) (۱).

والإشتراط صریح أخبار أحمد بن عمر (۲)، وهشام بن الحکم (۳)، وحمزه بن حمران (۴)، وقد جاءت الأخیره فی (المسالک) و (الجواهر) وغیرهما بلفظ « إنما ذلک إذا کان الرجل المسلم فی أرض غربه» (۵)أی بکلمه « إنما» الداله علی الحصر، وهی غیر موجوده فی الوسائل (۶).

وکیف کان، فإن الجمله شرطیه، ومفهومها حجه، والسند فی الأولین تام بلا کلام، فلا وجه للطرح، ودعوی الإجماع علی عدم الاشتراط غیر تامه.

ودعوی ورود ذلک مورد الغالب کما فی (الجواهر) (۷)، کما تری، إذ لا تدخل أداه الحصر « إنما» ولا تجیء الجمله الشرطیه حیث یکون القید وارداً مورد الغلبه.

نعم، لو کانت الجمله « لأنه لا یصلح ذهاب حق أحد» تعلیلیه، أمکن رفع الید بها عن قید « السفر» بناءاً علی تقدّم عموم العلّه علی المفهوم، لکن فی ظهور الجمله المذکوره فی التعلیل تأمل.

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۱: ۲۰.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۹۰/۲. کتاب الشهادات، الباب ۴۰.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۹۰/۳. کتاب الشهادات، الباب ۴۰.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۱۹: ۳۱۲/۷. کتاب الوصایا، الباب ۲۰.

۵- ۵) المسالک: ۱۴/۱۶۲، جواهر الکلام ۴۱: ۲۰.

۶- ۶) کلمه « إنّما» موجوده فی الکافی. راجع الکافی ۷: ۳۹۹/۸.

۷- ۷) جواهر الکلام ۴۱: ۲۰.

٧ – هل يشترط إحلاف الذمى؟

قال العلامه فى (التحرير) : « الأقرب إحلاف الشاهدين على ما تضمّنته الآيه (١)، ولم أجد من قال بذلك» (٢).

وفى (المسالك) : « ظاهر الآيه إحلاف الذمىّ بعد العصر بالصوره المذكوره فى الآيه، وهو إنهما ما خانا ولا كتما شهاده اللّه ولا اشتريا به ثمناً قليلاً ولو كان ذا قربى، واعتبر العلّامه أيضاً فى التحرير، ولا ريب فى أولويته، إذ لا معارض له، وعمومات النصوص غير منافيه له» (٣).

واقتصر المقداد فى (التنقيح) على ذكر قول العلّامه حيث قال: « وهل يشترط الإحلاف؟ قال العلّامه: نعم، عملاً بظاهر الآيه، ولم يذكر غيره ذلك» (۴).

وعلى هذا، فوجه نسبه القول بعدم الاشتراط إلى المشهور فى (الروضه) هو عدم تعرّض القدماء لهذه المسأله، إذ لو اشترطوا لذكروا.

وكيف كان، فالأقرب ما ذهب إليه العلّامه عملاً بظاهر الآيه المباركه، وقد روى فى شأن نزولها الخبر الآتى: محمد بن يعقوب، عن على بن إبراهيم، عن رجاله – رفعه – قال: خرج تميم الدارى مسلماً وابن بندى وابن أبى ماريه نصرانيين، وكان مع تميم الدارى خرج له فيه متاع، وآنيه منقوشه بالذهب، وقلاده، أخرجها إلى بعض أسواق العرب للبيع، فاعتلّ تميم الدارى علةً شديده، فلمّا حضره الموت دفع ما كان معه إلى ابن بندى وابن أبى ماريه، وأمرهما أن يوصلاه إلى ورثته.

فقدما إلى المدينه وقد أخذا من المتاع الآنيه والقلاده، فقالوا لهما: هل مرض

١- ١) سوره المائده ۵: ١٠۶.

٢- ٢) تحرير الأحكام ۵: ٢۴۶.

٣- ٣) مسالك الأفهام ١۴: ١۶٣.

۴- ۴) التنقيح الرائع ۴: ٢٨٧.

صاحبنا مرضاً طويلًا أنفق فيه نفقه كثيره؟ قالا: لا، ما مرض إلا أياماً قلائل. قالوا: فهل سرق منه شيء في سفره هذا؟ قالا: لا. قالوا: فهل اتّجر تجاره خسر فيها؟ قالا: لا. قالوا: فقد افتقدنا أفضل شيء كان معه، آنيه منقوشه بالذهب مكلّله بالجوهر، وقلاده. فقالا: ما دفع إلينا فأدّيناه إليكم. فقدّموهما إلى رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم، فأوجب رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم عليهما اليمين فحلفا، فخلّا عنهما.

ثم ظهرت تلك الآنيه والقلاده عليهما، فجاء أولياء تميم إلى رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم فقالوا: قد ظهر على ابن بندى وابن أبى ماريه ما ادّعيناه عليهما. فانتظر رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم الحكم من اللّه فى ذلك، فأنزل اللّه تبارك وتعالى: «يٰا أَيُّهَا اَلَّذِينَ آمَنُوا شَهٰادَةُ بَيْنِكُمْ إِذٰا حَضَرَ أَحَدَكُمُ اَلْمَوْتُ حِينَ اَلْوَصِيَّةِ اِثْنٰانِ ذَوٰا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرٰانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي اَلْأَرْضِ» (۱)فأطلق اللّه شهاده أهل الكتاب على الوصيه فقط، إذا كان فى سفر ولم يجد المسلمين، «فَأَصٰابَتْكُمْ مُصِيبَةُ اَلْمَوْتِ تَحْبِسُونَهُمٰا مِنْ بَعْدِ اَلصَّلاٰةِ فَيُقْسِمٰانِ بِاللّٰهِ إِنِ اِرْتَبْتُمْ لاٰ نَشْتَرِي بِهِ ثَمَناً وَ لَوْ كٰانَ ذٰا قُرْبىٰ وَ لاٰ نَكْتُمُ شَهٰادَةَ اَللّٰهِ إِنّٰا إِذاً لَمِنَ اَلْآثِمِينَ» (۲)فهذه الشهاده الاولى التى جعلها رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم «فَإِنْ عُثِرَ عَلىٰ أَنَّهُمَا اِسْتَحَقّٰا إِثْماً» (۳)أى: إنهما حلفا على كذب «فَآخَرٰانِ يَقُومٰانِ مَقٰامَهُمٰا» (۴)يعنى من أولياء المدعى «مِنَ اَلَّذِينَ اِسْتَحَقَّ عَلَيْهِمُ اَلْأَوْلَيٰانِ فَيُقْسِمٰانِ

۱- ۱) (و۲) سوره المائده ۵: ۱۰۶.

۲- ۲)

۳- ۳) (و۴) سوره المائده ۵: ۱۰۷.

۴- ۴)

باللّهِ» (۱)يحلفان باللّه أنهما أحق بهذه الدعوى منهما، فإنهما قد كذبا فيما حلفا باللّه «لَشَهٰادَتُنٰا أَحَقُّ مِنْ شَهٰادَتِهِمٰا وَ مَا اِعْتَدَيْنٰا إِنّٰا إِذاً لَمِنَ اَلظّٰالِمِينَ» (۲).

فأمر رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم أولياء تميم الدارى أن يحلفوا باللّه على ماأمرهم، فحلفوا، فأخذ رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم القلاده والآنيه من ابن بندى وابن أبى ماريه، وردّهما على أولياء تميم الدارى. «ذٰلِكَ أَدْنىٰ أَنْ يَأْتُوا بِالشَّهٰادَهِ عَلىٰ وَجْهِهٰا أَوْ يَخٰافُوا أَنْ تُرَدَّ أَيْمٰانٌ بَعْدَ أَيْمٰانِهِمْ» (۳)(۴).

هذا، وليس فى القصه ذكر للوصيّه، فإن مورد نزول الآيه بالنظر إلى هذه الروايه هو النزاع فى مال الميت، فكيف نقول باختصاص القبول بالوصيه؟ ولماذا لا نقبل الشهاده فى نظير مورد نزول الآيه، كما لو سافر مسلم مع ذميين ثم مات المسلم، فاتّهم وليّه الذمّيين بأنهما قتلاه، فشهد ذميان آخران على أنه مات حتف أنفه؟ هذا فيه تأمّل.

ثم إنه لم يتعرّض أحد فيها نعلم للبحث فى أنه هل يشترط فى الإحلاف الإرتياب أو لا؟ وظاهر الآيه هو الإشتراط. إذن، تكون شهادتهما مقبوله مالم يحصل ارتياب، فإن حصل فمع اليمين «فَإِنْ عُثِرَ عَلىٰ أَنَّهُمَا اِسْتَحَقّٰا إِثْماً فَآخَرٰانِ يَقُومٰانِ مَقٰامَهُمٰا. . .» .

۸ – ما المراد من (الضروره) ؟

جاء فى (الوسائل) قيد الضروره لقبول شهاده الذميين فى الوصيه (۵)، فهل

ص:۸۵۷

۱- ۱) سوره المائده ۵: ۱۰۷.

۲- ۲) سوره المائده ۵: ۱۰۷.

۳- ۳) سوره المائده ۵: ۱۰۸.

۴- ۴) وسائل الشيعه ۱۹: ۳۱۴/۱. كتاب الوصايا، الباب ۲۱.

۵- ۵) وسائل الشيعه: ۱۹/۳۰۹.

المراد منها کون المسلم فی سفر، أو المراد کون الوصیه ضروریه، أی لازمه، کالامور الواجبه شرعاً وحقوق الناس، فلو کانت فی أمور جزئیه أو مستحبه فلاـ تقبل شـهادتهما؟ الظاهر: إن المراد هو الأوّل، وإن کان الصـحیح عـدم الحاجه إلی إضافه هـذا القید حینئذ، وعلیه، فتقبل شهادتهما وإن کانت الوصیه فی أمور غیر واجبه شرعاً.

۹ – هل یشترط فی القبول عدم من یقوم مقام المسلمین؟

الأقوی بمناسبه الحکم والموضوع هو الإشتراط، فإن وجدت أربع نسوه مسلمات فلا تصل النوبه إلی الـذمیین، کما أن شـهاده المسلم الواحد تقبل مع الیمین فی المال کما ذکرنا فی کتاب القضاء فیتقدم حینئذ علی الـذمیین، بإلغاء خصوصیه « الرجلین» لمناسبه الحکم والموضوع، وهو الموافق للإعتبار.

ومع الشک فی التقدم، یکون المرجع العمومات الدالّه علی عدم قبول شهاده غیر المسلم.

طریق ثبوت الإیمان فی الشاهد

قال المحقق قدّس سرّه: « ویثبت الإیمان بمعرفه الحاکم أو قیام البیّنه أو الإقرار» (۱).

أقول: قال فی (المسالک) : مرجع الثلاثه إلی الإقرار، لأن الإیمان أمر قلبی لا یمکن معرفته إلّامن معتقده بالإقرار، ولکن المصنف اعتبر الوسائط بینه وبین

ص:۸۵۸

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۶.

المقر (۱).

وأشكل عليه فى (الجواهر) بقوله: وفيه: إنه وإن كان أمراً قلبياً، لكن له آثار ولوازم يمكن بها معرفته بدون الإقرار، كما هو مشاهد فى كثير من الناس، بل السيره القطعيه عليه، كغيره من الامور الباطنه، ولهذا قال المصنف ما سمعت، لا لما ذكره، والأمر سهل (۲).

قلت: لكن هنا بحث آخر وهو: إنه إذا كان الإقرار من شرائط الإيمان، وأنه إذا لم يقر فليس بمؤمن، فإن الآثار لا تترتب وإن كان الإيمان الباطنى معلوماً بآثاره، كما أنه إذا جحد بلسانه عدّ كافراً وإن كان مستيقناً قلبه. نعم، لو كان الإيمان هو الإعتقاد الباطنى فحسب، أمكن ترتيب الأثر عليه مع العلم به بآثاره.

وأما إذا كان الإقرار شرطاً للإيمان أو جزءاً، كان مرجع الامور الثلاثه إلى الإقرار كما ذكر الشهيد الثانى، فإن أقرّ وعلم بعد اعتقاده الباطنى كان منافقاً، وتجرى فى حقّه أحكام الإسلام دون الإيمان، وإن أقرّ ولم يعلم بعدم اعتقاده ولم يكن متّهماً فى إقراره، كان إقراره طريقاً إلى معرفه اعتقاده، وترتب أحكام الإيمان من قبول الشهاده ونحوه وإن لم يكن هناك شىء من آثار الإيمان. وعلى هذا، فلو أقرّ ووجد منه آثار الصدق والخير فلا حاجه إلى البيّنه.

فتلخّص: قبول شهاده المؤمن الجامع لشرائط القبول على جميع الناس ولجميع الناس، ويدلّ عليه بالإضافه إلى الإجماع طائفه من الأخبار.

وفى (الجواهر) إن لقوله تعالى: «وَ كَذٰلِكَ جَعَلْنٰاكُمْ أُمَّةً وَسَطاً لِتَكُونُوا

ص:٨٥٩

۱- ۱) مسالك الأفهام ۱۴: ۱۶۴.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۱: ۲۱.

شُهَدٰاءَ عَلَى اَلنّٰاسِ» (۱)إشعاراً بذلک (۲).

أی: إن الآیه الکریمه وإن کانت ناظره إلی شأن هـذه الاُمّه فی الآخره کما فی بعض الأخبار - (۳)إلا أن ذلک لا ینافی الاستفاده منها لما نحن فیه، ولذا قال: إن فیها إشعاراً به.

وأما الکافر الحربی، فلا تقبل شهادته علی أحد ولو کان من أهل ملّته، فضلاً عن المسلمین، للإجماع.

هل تقبل شهاده الذمی علی الذمی؟

قـال المحقّق: «وهـل تقبـل شـهاده الـذمی علی الـذمی؟ قیل: لا وکـذا لا تقبل علی غیر الـذمی، وقیل: تقبل شـهاده کلّ ملّه علی ملّتهم، وهو استناد إلی روایه سماعه، والمنع أشبه» (۴).

أقول: هنا أقوال:

أحدها: عدم قبول شـهاده الذمی علی الذمی وغیر الذمی، فی الوصـیه وغیر الوصـیه، والقائل به المشهور کما فی (الجواهر) ، بل عن جماعه الإجماع علی عدم قبولها علی المسلم فی غیر الوصیه (۵).

والثانی: قبول شهاده أهل کلّ ملّه علی ملّتهم، والقائل به الشیخ فی محکی

ص:۸۶۰

۱- ۱) سوره البقره ۲: ۱۴۳.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۱: ۲۲.

۳- ۳) الکافی ۱: ۱۴۶/۲ و۱۴۷/۴. باب إن الأئمه شهداء اللّه علی خلقه.

۴- ۴) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۶.

۵- ۵) جواهر الکلام ۴۱: ۲۲.

(الخلاف) (۱)و (النهایه) (۲)، بل عن الأول نسبته إلی أصحابنا ولکن مع اشتراط الترافع إلینا (۳)، لروایه سماعه: قال: « سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن شهاده أهل المله؟ قال فقال: لا تجوز إلا علی ملّتهم» (۴).

وعن کاشف اللثام: « هو قوی، إلزاماً لأهل کلّ ملّه بما تعتقده، وإن لم یثبت عندنا، لفسق الشاهد وظلمه عندنا» (۵).

والثالث: قبول شهاده الکفار بعضهم علی بعض وإن اختلف الملّتان مع العداله فی دینهم. والقائل به أبو علی الإسکافی (۶)لروایه ضریس الکناسی (۷)، وروایه الحلبی ومحمد بن مسلم (۸)المذکورتین سابقاً.

وعن کاشف اللثام: « وهو قوی إذا کان الشاهد ذمیاً والمشهود علیه حربیاً، کما هو ظاهر الخبر، لصحته، ولأن علینا رعایه الذمه، فلا علینا أن نحکم لهم بشهادتهم علی أهل الحرب» (۹).

واختار فی (الجواهر) القول الأوّل، وفاقاً للمحقق والمشهور، لأنه أشبه بأُصول المذهب وقواعده التی منها معلومیه اشتراط الإسلام والإیمان والعداله فی

۱- ۱) کتاب الخلاف ۶: ۲۷۳، المسأله ۲۲.

۲- ۲) النهایه: ۳۳۴.

۳- ۳) جواهر الکلام ۴۱: ۲۳ ۲۴.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۹/۴. کتاب الشهادات، الباب ۴۰.

۵- ۵) کشف اللثام ۱۰: ۲۷۳.

۶- ۶) جواهر الکلام ۴۱: ۲۲.

۷- ۷) وسائل الشیعه ۱۹: ۳۰۹/۱. کتاب الوصایا، الباب ۲۰.

۸- ۸) وسائل الشیعه ۱۹: ۳۱۰/۳. کتاب الوصایا، الباب ۲۰.

۹- ۹) کشف اللثام ۱۰: ۲۷۳.

الشاهد، المعلوم انتفاؤها إجماعاً فی الفرض (۱).

وقد أجاب عن خبری الحلبی والکناسی بأنهما مع عدم دلالتهما علی تمام المدّعی، بل الثانی منهما لا یوافق إطلاق أبی علی محمولاـن علی إراده بیان قبول خصوص شهادتهم علی المسلم فی خصوص الوصیه کما صرح به فی الخبر الثانی، بل لعلّ التعلیل فی الأوّل وهو قوله علیه السلام: إنه لا یصلح ذهاب حق أحدیرشد إلی ذلک، بقرینه وجوده فی نصوص قبول شهادتهم فی الوصیه (۲).

وعن روایه سماعه المذکوره (۳)بوجوه:

أحدها: کونها موافقه للمحکی عن أبی حنیفه والثوری.

والثانی: عدم العمل بها إلّامن الشیخ.

والثالث: إن مقتضی المحکی عن الشیخ ضعفها عنده، لأن فی سندها العبیدی وقد قال: إنه ضعیف، استثناه أبو جعفر ابن بابویه من رجال نوادر الحکمه وقال: إنه لا أروی ما یختص بروایته (۴).

قال: مع أن المحکی عن مبسوطه أیضاً اختیار المنع مطلقاً (۵)، بل قد سمعت اشتراطه فی محکی الخلاف بالترافع إلینا (۶)، وقد قال فی محکی المختلف: إنما نقول به لأنه إذا ترافعوا إلینا وعدّلوا الشهود عندهم، فإن الأولی هنا القبول (۷)، بل عن

ص:۸۶۲

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۱: ۲۴.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۱: ۲۳.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۱۹: ۳۱۱/۵. کتاب الوصایا، الباب ۲۰.

۴- ۴) الفهرست للطوسی: ۴۰۲/۶۱۲. مکتبه المحقق الطباطبائی.

۵- ۵) المبسوط فی فقه الإمامیه ۸: ۱۸۷.

۶- ۶) الخلاف: ۶/۲۷۴، المسأله ۲۲.

۷- ۷) مختلف الشیعه ۸: ۵۰۶.

المقـداد فی التنقیـح المیـل إلیه أیضاً بالمعنی المزبور (۱)، قـال بعـد أن حکی عن الخلاف ما سـمعت: وهـذا فی الحقیقه قضاء بالإقرار، لما تقدم أنه إذا أقرّ الخصم بعداله الشاهد حکم علیه، وقد سمعت ما فی کشف اللثام (۲).

أقول: الکفار علی خمسه أقسام:

۱ - غیر أهل الکتاب.

۲ - ۳ - أهل الکتاب، وهؤلاء ینقسمون إلی أهل الذمه، وغیر أهل الذمه وهم الحربیون. فهذه ثلاثه أقسام

۴ - الکفار المنتحلون للإسلام، کالمجبره والمجسمه ومن أنکر شیئاً من ضروریات الدین.

۵ - النواصب.

والـدلیل علی ما ذهب إلیه الشـیخ من قبول شـهاده أهل کلّ ملّه علی ملّتهم غیر منحصـر بخبر سـماعه المذکور، وإن کانت عباره المحقق موهمه لذلک (۳)، فیدلّ علیه - مضافاً إلیه - خبرا أبی عبیده الحذاء (۴)وضریس الکناسی (۵).

وقد اسـتدلّ الشیخ نفسه بحدیث رواه عن معاذ بن جبل عن رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم حیث قال: « وروی ابن غنم قال: سألت معاذ بن جبل عن

۱- ۱) التنقیح الرائع ۴: ۲۸۸.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۱: ۲۴.

۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۶.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۶۸/۱. کتاب الشهادات، الباب ۳۸.

۵- ۵) وسائل الشیعه ۱۹: ۳۰۹/۱. کتاب الوصایا، الباب ۲۰.

شهاده اليهود على النصارى، فقال سـمعت النبى صلّى اللّه عليه وآله وسلّم يقول: لا تقبل شهاده أهل دين على غير أهل دينهم إلا المسلمين فإنهم عدول على أنفسهم وعلى غيرهم» (۱).

قال: « وهذا الذى اخترناه، والوجه فيه إذا اختاروا الترافع إلينا، فأمّا إن لم يختاروا فلا يلزمهم ذلك» (۲).

وليست عبارته المذكوره تفصيلاً فى المسأله كما قد يتوهم، والحديث المذكور مطلق يعم الشهاده « له» و « عليه» .

ولعل المحقق والقوم لم يعتبروا هذا الحديث، من جهه أن راويه عامى، وإن كان مروياً فى بعض كتب الخاصه وموردا للاستناد، مثل حديث « على اليد. . .» (۳). ونحوه، ولعلّهم حملوه على التقيه لموافقته لرأى كثير من العامه.

وكيف كـان، ففى الأخبار الثلاثه المذكوره غنىً وكفايه، والوجه هو قبول شـهاده الـذمى من كلّ ملّه على أهل ملّته، سواء كان يهودياً أو نصرانياً أو مجوسياً.

وأما الكفار المنتحلون للإسلام، فإن صدق على كلّ طائفه منهم أنهم أهل ملّه فى مقابل ملّه الإسلام، شملتهم الأدلّه وإلا فلا.

وأما الكافر الحربى، فقد عرفت عدم قبول شهادته كغير أهل الكتاب من الكفار.

ثم إن جماعه من الأصحاب استدلّوا لما ذهب إليه الشيخ بقاعده

۱- ۱) عوالى اللئالى ۱: ۴۵۴/۱۹۲، مستدرك الوسائل ۱۷: ۴۳۷/۴، المغنى لابن قدامه ۱۲: ۵۵، المجموع ۲۰: ۲۲۶.

۲- ۲) كتاب الخلاف: ۶/۲۷۴.

۳- ۳) عوالى اللئالى ۱: ۲۲۴/۱۰۶، مسند أحمد: ۵/۸.

الإلزام (۱)وأضاف المقـداد فی (التنقیح) قاعده الإقرار (۲)والوجه فی التمسک بقاعـده الإلزام فی هذا المقام هو عدم اختصاص الأخبار الوارده فی هذه القاعده بالعامه، بل إنها تشمل غیر المسلمین أیضاً، فمن أخبار القاعده: قوله علیه السلام: « من کان یدین بدین قوم لزمته أحکامهم» (۳).

وعن عبد اللّه بن طاوس قال: « قلت لأبی الحسن الرضا علیه السـلام: إن لی ابن أخ زوّجته ابنتی، وهو یشـرب الشراب ویکثر ذکر الطلاـق، فقال: إن کان من إخوانک فلا شـیء علیه، وإن کان من هؤلاء فأبنها منه فإنه عنی الفراق، قال قلت: ألیس قـد روی عن أبی عبـد اللّه علیه السـلام أنه قـال: إیّاکم والمطلقـات ثلاثـاً فی مجلس فـإنهن ذوات الأـزواج؟ فقـال: ذلک من إخوانکم لا من هؤلاء، إنه من دان بدین قوم لزمته أحکامهم» (۴).

وعن علی بن جعفر « أنه سـأل أخـاه موسـی بن جعفر علیه السـلام عن یهـودی أو نصـرانی طلّـق تطلیقه ثم أسـلم هـو وأمرأته، ما حالهما؟ قال: ینکحها نکاحاً جدیداً. قلت: فإن طلّقها بعد إسـلامه تطلیقه أو تطلیقتین، هل تعتدّ بما کان طلّقها قبل إسلامها؟ قال: لا تعتدّ بذلک» (۵).

۱- ۱) مختلف الشیعه ۸: ۵۰۶، کشف اللثام ۱۰: ۲۷۳.

۲- ۲) التنقیح الرائع ۴: ۲۸۸.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۲: ۷۴/۱۰. أبواب مقدمات الطلاق، الباب ۳۰.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۲۲: ۷۵/۱۱. أبواب مقدمات الطلاق، الباب ۳۰.

۵- ۵) وسائل الشیعه ۲۲: ۱۶۹/۱. أبواب أقسام الطلاق، الباب ۳۱.

فالحاصل: عدم اختصاص المطلب بالعامّه.

وعلى هـذا، فـإن اختص الإلـزام بموارد الأخبـار فهو، وإن كان مفادها هو القبول مطلقاً تمّ الإسـتدلال بالقاعـده فی محلّ الكلام، لكن حديث معاذ بن جبل صالح للإستدلال بمفهومه على القبول فی أهل دينهم، إلّاأنه لا يخلو من كلام كما تقدم.

ثم إن معنى الإلزام، هو جعل هـذا الطلاق مثلًا صـحيحاً بالنسـبه إلى المسـلمين، فيجوز للمسـلم نكاح هذه المرأه من باب الإلزام، وهذا شـیء يسـتبعده الذهن، لأن المفروض كونها زوجه له، لأن لكلّ قوم نكاحاً، والطلاق يشترط فيه عند المسـلمين شروط هی مفقوده بحسب الفرض، فكيف يكون الطلاق الباطل مجوّزاً لنكاح المسلم تلك المرأه؟

فقيل: إن هذا نظير تصرّف ذی الخيار فی مورد الخيار، ففی الآن الذی يعقد عليها المؤمن تكون مطلّقه طلاقاً صحيحاً من زوجها فيصـح له نكاحهـا، وأمـا قبـل ذلک فهی باقيه على الزوجيه للمطلّق، نظير تصـرف ذی الخيار حيث يكون الشـی فی ذلک الوقت ملكاً له.

لكن هذا يخالف الروايه التی جاء فيها إنه: « ذكر عند الرضا عليه السـلام بعض العلويين ممن كان ينتقصه، فقال عليه السـلام: أما إنه مقيم على حرام، قلت: جعلت فـداک، وكيف وهی امرأته؟ قـال عليه السـلام: لأنه قـد طلّقهـا، قلت: كيف طلّقها؟ قال: طلقها وذاک دينه فحرمت عليه» (1).

أقول: والأمر بالنسـبه إلى الكفار أسـهل، لأنهم إذا عملوا بشـرائط الـذمّه يعاملون فی أعمالهم معامله الصـحه، سواء كان طلاقاً أو غيره، فيكون نظير النجاسه فی ثوب المصلّی، حيث أن العلم بها موجب لبطلان الصلاه، وإلا فهی

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۲: ۷۲/۲. أبواب مقدمات الطلاق، الباب ۳۰.

صحیحه وإن کانت علی ثوبه. وهنا، لما لم یکن المطلق عالماً باشتراط العدلین مثلاًیکون طلاقه صحیحاً ویترتب علیه الأثر.

هذا، وبناءاً علی عدم قبول شهادتهم علی أمثالهم، فهل تقبل لأمثالهم؟

قال العلّامه فی (المختلف) : لا (۱)، والشیخ یقول: نعم (۲).

وفی (المستند) : وظهر مما ذکرنا أنه لم تخرج من الأصل إلا صوره واحده وهی شهاده أهل کلّ ملّه علی أهل ملّته خاصه، وهل تقبل له؟ الظاهر: لا، للأصل. إلا إذا کانت علیه أیضاً فتسمع، لأن قبول الشهاده علیه بالدلیل، وعدم قبولها له بالأصل، والدلیل مقدّم علی الأصل» (۳).

قلت: الأظهر: إن « علی» فی أخبار الباب وکذا فی قوله تعالی «وَ کَذٰلِکَ جَعَلْنٰاکُمْ أُمَّهً وَسَطاً لِتَکُونُوا شُهَدٰاءَ عَلَی اَلنّٰاسِ» (۴)لیس بمعنی « الضرر» حتی لا تقبل فی غیره، مع أن فی کل مورد یوجد « علیه» یوجد « له» ، لأن المفروض کون الطرفین من أهل مله واحده، اللهم إلّاأن لا یکون طرف آخر، کما لو کان قد أوصی بصرف کذا من ماله علی المعبد مثلاً، لکنه قلیل.

نعم، لو شک فی القبول، فالأصل عدمه، کما لا یخفی.

۱- ۱) مختلف الشیعه ۸: ۵۰۵ ۵۰۶.

۲- ۲) النهایه: ۳۳۴.

۳- ۳) مستند الشیعه ۱۸: ۳۵.

۴- ۴) سوره البقره ۲: ۱۴۳.

الوصف الرابع: العداله

اشاره

قال المحقق: « الرابع: العداله، إذ لا طمأنينه مع التظاهر بالفسق» (۱).

أقول: التعليل بعدم الطمأنينه بشهاده الفاسق ربما يفيد قبول شهاده الفاسق مع إفاده الطمأنينه، وأيضاً: ربما يفيد قوله: مع التظاهر بالفسق قبول الشهاده من الفاسق غير المتظاهر بالفسق.

لكن الإلتزام بالأمرين مشكل.

فالصحيح: الإستدلال بالكتاب والسنه والإجماع فى كلمات غير واحد من الأصحاب، على اعتبار وصف العداله (۲)فى الشاهد، وعدم قبول شهاده الفاسق.

أما الكتاب، فقد استدلّ بآيات منه، كقوله تعالى: «وَ أَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ» (۳)وقوله تعالى فى الوصيه «اِثْنٰانِ ذَوٰا عَدْلٍ مِنْكُمْ» (۴)فإن اعتبار العداله فى الشاهد على الوصيه يقتضى اعتبارها فى غيرها بالأولويه، وقوله تعالى: «مِمَّنْ

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۶.

۲- ۲) ذكر السيد الاستاذ فى تعليقته على العروه وعلى الوسيله: إن العداله نفس الاجتناب عن الكبائر، الناشئ عن الحاله النفسانيه المعبر عنها بالملكه وإن حسن الظاهر كاشف عن وجودها. وقد استظهر دام ظله هذا الذى اختاره من صحيحه عبد اللّه بن أبى يعفور المذكوره فى المتن، حيث تكلّم بعض الشيء فى شرح العداله، وتعرض للأقوال المذكوره فيها، ولعلّنا ننشر ذلك فى رساله مستقله بإذن اللّه.

۳- ۳) سوره الطلاق ۶۵: ۲.

۴- ۴) سوره المائده ۵: ۱۰۶.

تَرْضَوْنَ مِنَ اَلشُّهَدٰاءِ» (۱).

وأما السنّه، فبالأخبار الكثيره الوارده فی الأبواب المختلفه، کالوارد فی شهاده المملوک: «لا بأس بشهاده المملوک إذا کان عدلاً» (۲)وفی شهاده المکاری والجمّال والملاح: «ما بأس بهم، تقبل شهادتهم إذا کانوا صلحاء» (۳)وفی شهاده الضیف: «لا بأس بشهاده الضیف إذا کان عفیفاً صائناً» (۴)إلی غیر ذلک.

ومن أشهر الأخبار فی مسأله العداله وتعریفها واعتبارها فی الشهادات: صحیحه عبد اللّه بن أبی یعفور قال: «قلت لأبی عبد اللّه علیه السلام: بم تعرف عداله الرجل بین المسلمین حتی تقبل شهادته لهم وعلیهم؟

قال: أن تعرفوه بالستر والعفاف وکفّ البطن والفرج والید واللسان، ویعرف باجتناب الکبائر التی أوعد اللّه علیها النار، من شرب الخمر والزنا والربا وعقوق الوالدین والفرار من الزحف وغیر ذلک.

والدلاله علی ذلک کلّه: أن یکون ساتراً لجمیع عیوبه حتی یحرم علی المسلمین ما وراء ذلک من عثراته وعیوبه وتفتیش ماوراء ذلک، ویجب علیهم تزکیته وإظهار عدالته فی الناس، ویکون منه التعاهد للصلوات الخمس إذا واظب علیهن، وحفظ مواقیتهن بحضور جماعه من المسلمین، وأن لا یتخلّف عن جماعتهم فی مصلّاهم إلا من علّه، فإذا کان کذلک لازماً لمصلّاه عند حضور الصلوات الخمس. فإذا سئل عنه فی قبیلته ومحلّته قالوا: ما رأینا منه إلا خیراً،

۱- ۱) سوره البقره ۲: ۲۸۲.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۴۵/۱. کتاب الشهادات، الباب ۲۳.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۸۱/۱. کتاب الشهادات، الباب ۳۴.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۹۵/۱۰. کتاب الشهادات، الباب ۴۱.

مواظباً على الصلوات، متعاهداً لأوقاتها فى مصلّاه. فإن ذلك يجيز شهادته وعدالته بين المسلمين.

وذلك أن الصلاه ستر وكفّاره للذنوب، وليس يمكن الشهاده على الرجل بأنه يصلى إذا كان لا يحضر مصلّاه، ويتعاهد جماعه المسلمين، وإنما جعل الجماعه والإجتماع إلى الصلاه لكى يعرف من يصلّى ممن لا يصلّى، ومن يحفظ مواقيت الصلاه ممن يضيّع، ولولا ذلك لم يمكن أحد أن يشهد على آخر بصلاح، لأن من لا يصلّى لا صلاح له بين المسلمين، فإن رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم همّ بأن يحرق قوماً فى منازلهم لتركهم الحضور لجماعه المسلمين، وقد كان فيهم من يصلّى فى بيته فلم يقبل منه ذلك، وكيف يقبل شهاده أو عداله بين المسلمين ممن جرى الحكم من اللّه عزوجل ومن رسوله صلّى اللّه عليه وآله وسلّم فيه الحرق فى جوف بيته بالنار، وقد كان يقول: لا صلاه لمن لا يصلّى فى المسجد مع المسلمين إلا من علّه» (۱).

إنما الكلام فى ما يزيل العداله وما لا يزيلها:

قال المحقق قدّس سرّه: « ولا ريب فى زوالها بمواقعه الكبائر، كالقتل والزنا واللواط وغصب الأموال المعصومه» (۲).

البحث فى ما يزيل العداله

أقول: هنا جهات من البحث:

ص:۸۷۰

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۹۱/۱. كتاب الشهادات، الباب ۴۱.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۶ ۱۲۷.

فالاولی: هل المعاصی منقسمه فی الشرع إلی کبائر وصغائر؟

لا ـ مجال لإنکار أن طائفه من المعاصی کبائر، ویدلّ علی ذلک من الکتاب قوله تعالی: «إِنْ تَجْتَنِبُوا کَبائِرَ ما تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُکَفِّرْ عَنْکُمْ سَیِّئاتِکُمْ» (۱). والآیه الکریمه: «ما لِهٰذَا الْکِتابِ لا یُغادِرُ صَغِیرَهً وَ لا کَبِیرَهً إِلاّ أَحْصاها» (۲). ومن السنه أخبار کثیره یأتی بعضها.

والثانیه: فی معنی الآیه الاولی من الآیتین المذکورتین، فإن ظاهرها التکفیر للصغیره باجتناب الکبیره حتی مع عدم التوبه، وهذا یوجب الجرأه علی المعصیه، إذ الإنسان یتعمّد غالباً المعصیه إن أمن العذاب، مع أن اللّه عز وجل لا یأذن بالمعصیه بالضروره.

کما أن ما ورد عنهم علیهم السلام من أنه « لا ـ صغیره مع الإصرار ولا ـ کبیره مع الإستغفار» (۳)ظاهر فی عدم المؤاخذه علی الصغیره التی لا یکون معها إصرار (۴).

قال المحدّث الکاشانی بتفسیر الآیه: « وفی المجمع نسب إلی أصحابنا أن المعاصی کلّها کبیره، لکن بعضها أکبر من بعض، ولیس فی الذنوب صغیره، وإنما یکون صغیراً بالإضافه إلی ما هو أکبر واستحقاق العقاب علیه أکثر» (۵).

قیل: وتوفیقه مع الآیه أن یقال: من عنّ له أمران ودعت نفسه إلیهما بحیث

۱- ۱) سوره النساء ۴: ۳۱.

۲- ۲) سوره الکهف ۱۸: ۴۹.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۱۵: ۳۳۷/۳. أبواب جهاد النفس، الباب ۴۸.

۴- ۴) وإلیه ذهب جمع من علمائنا کالبهائی والمجلسی وصاحب الجواهر قدست أسرارهم.

۵- ۵) مجمع البیان ۲: ۳۸.

لا يتمالك، فكفّها عن أكبرهما، كفّر عنه ما ارتكبه، لما استحق عليه من الثواب على اجتناب الأكبر، كما إذا تيسر له النظر بشهوه والتقبيل، فاكتفى بالنظر عن التقبيل. ولعلّ هذا مما يتفاوت أيضاً باعتبار الأشخاص والأحوال، فإن حسنات الأبرار سيّئات المقرّبين، ويؤاخذ المختار بما يعفى عن المضطرّين.

أقول: ظاهر الآيه والأخبار الوارده فى تفسيرها وتفسير الكبائر يعطى تمايز كلّ من الصغيره والكبيره عن صاحبتها، كما لا يخفى على من تأمّل فيها، وما نسبه فى المجمع إلى أصحابنا لا مستند له، وقول الموفق يعطى أن من قدر على قتال أحد فقطع أطرافه كان قطع أطرافه مكفّراً، وهو كما ترى، فلابدّ لكلامه وكلام الأصحاب من توجيه حتى يوافقا الظواهر» (١).

وفى (الميزان) بعد أن نفى الريب فى دلاله الآيه على انقسام المعاصى إلى كبائر وصغائر، وأن الصغائر سميت فى الآيه بالسيئات، وأن الآيه فى مقام الإمتنان جعل مساق الآيه مساق الآيه الداعيه إلى التوبه التى بعد غفران الذنوب، قال: « هى تقرع أسماع المؤمنين بعنايه لطيفه إلَهيه أنهم إن اجتنبوا البعض من المعاصى كفّر عنهم البعض الآخر، فليس إغراء على ارتكاب المعاصى الصغار، فإن ذلك لا معنى له، لأن الآيه تدعو إلى ترك الكبائر بلا شك، وارتكاب الصغيره من جهه أنها صغيره لا يعبأ بها ويتهاون فى أمرها، يعود مصداقاً من مصاديق الطغيان والاستهانه بأمر اللّه سبحانه، وهذا من أكبر الكبائر، بل الآيه تعد تكفير السيئات من جهه أنها سيئات لا يخلو الإنسان المخلوق على الضعف المبنى على الجهاله من

١- ١) الصافى فى تفسير القرآن ١: ٤١٢.

ارتکابها بغلبه الجهل والهوی علیه» (۱).

قلت: إن الألطاف الإلَهیه بالنسبه إلی المؤمنین فی باب العفو والمغفره تتجلّی فی التوبه، وفی الشفاعه، وفی إذهاب الحسنات للسیئات، وفی غفران اللّه سبحانه الذنوب لمن یشاء إلا الشرک به عز وجل. . . لکن جعل مساق الآیه الکریمه: «إِنْ تَجْتَنِبُوا. . .» مساق ما یدلّ علی التوبه، خلاف الظاهر، للفرق بین التوبه ومدلول الآیه، لأن سدّ باب التوبه یوجب الیأس والقنوط من رحمه اللّه، والإنسان إذا یئس توغّل فی المعاصی وأفرط فی المخالفه، بخلاف فتح هذا الباب، فإنه لا یسبب ذلک، أما مدلول الآیه الشریفه فظاهره الوعد بتکفیر الصغائر وعدم المؤاخذه علیها دائماً، بشرط اجتناب الکبائر.

فالجواب المذکور غیر مقنع، وتفصیل الکلام فی بیان معنی الآیه الکریمه، بحیث یساعده ظاهرها وینطبق علی سائر الأدلّه، له مجال آخر.

والثالثه: لو اشتبهت علیه المعصیه، فلم یعلم هل هی کبیره أو صغیره، فإن مقتضی حکم العقل الإجتناب عنها، لأن العقل یحکم بلزوم معامله کلّ معصیه معامله الکبیره المؤاخذ علیها حتی لا یقع فی المعصیه الکبیره فی الواقع، وذلک، لأن البیان الشرعی علی وجوب اجتناب الکبائر واصل، والعقل یرشد إلی الإطاعه والإمتثال، فإذا خالف استحق العقاب، لعدم کونه من العقاب بلا بیان.

وهل یسقط عن العداله بارتکاب المشکوک فی کونها معصیه کبیره؟

ظاهر الآیه: «إِنْ تَجْتَنِبُوا. . .» وجوب ترک ذات المعصیه الکبیره لا، الترک بعنوان الکبیره، ولکن إذا کانت العداله هی الملکه، فإن الملکه تمنع من ارتکاب

۱- ۱) المیزان فی تفسیر القرآن ۴: ۳۲۵.

الکبیره المعلوم کونها کبیره، وعلی هذا، فارتکاب المعصیه المحتمل کونها کبیره لا یضرّ بالعداله.

الرابعه: إن تشخیص الکبیره من غیرها لا یکون إلا بالأدلّه من الکتاب والسنّه المعتبره، إذ لا سبیل لعقولنا إلی ذلک، لجهلنا بملاکات الأحکام الشرعیه ودرجات القبح فی المحرمات.

وقد اختلف علماؤنا فی معنی « الکبیره» علی أقوال، وذکر الشیخ الأنصاری خمسه أمور یثبت بها کون المعصیه کبیره (۱)، لکن قال السبزواری فی (الکفایه) : « والأشهر الأقوی أن الکبیره کلّ ذنب توعّد علیه بالوعید فی الکتاب المجید، وفی حصره خلاف» (۲).

قلت: قد عقد فی الوسائل باباً لتعیین الکبائر التی یجب اجتنابها، ووردت الضابطه المذکوره فی بعض تلک الأخبار، واشتمل بعضها علی الإستشهاد بآیات الکتاب، ولنذکر واحداً منها تیمّناً:

عن عبد العظیم الحسنی، عن أبی جعفر الثانی، عن أبیه، عن جدّه علیهم السلام قال: « دخل عمرو بن عبید علی أبی عبد اللّه علیه السلام، فلمّا سلّم وجلس تلا هذه الآیه: «اَلَّذِینَ یَجْتَنِبُونَ کَبٰائِرَ اَلْإِثْمِ وَ اَلْفَوٰاحِشَ» (۳)ثم أمسک، فقال له أبو عبد اللّه علیه السلام: ما أسکتک؟ قال: أحبّ أن أعرف الکبائر من کتاب اللّه عز وجل، فقال: نعم، یا عمرو.

أکبر الکبائر الإشراک باللّه، یقول اللّه: «مَنْ یُشْرِکْ بِاللّٰهِ فَقَدْ حَرَّمَ اَللّٰهُ عَلَیْهِ

ص:۸۷۴

۱- ۱) کتاب المکاسب ۳: ۱۸۶ ۱۸۸. نشر اسماعیلیان.

۲- ۲) کفایه الفقه ۲: ۷۴۵.

۳- ۳) سوره النجم ۵۳: ۳۲.

اَلْجَنَّهَ» .

وبعده اليأس من روح اللّه، لأن اللّه عزوجل يقول: «لاٰ يَيْأَسُ مِنْ رَوْحِ اَللّٰهِ إِلاَّ اَلْقَوْمُ اَلْكٰافِرُونَ» (١).

ثم الأمن من مكر اللّه، لأن اللّه عزّوجلّ يقول: «فَلاٰ يَأْمَنُ مَكْرَ اَللّٰهِ إِلاَّ اَلْقَوْمُ اَلْخٰاسِرُونَ» (٢).

ومنها عقوق الوالدين، لأن اللّه سبحانه جعل العاقّ جبّاراً شقيّاً.

وقتل النفس التى حرّم اللّه إلّابالحق، لأن اللّه عز وجل يقول: «فَجَزٰاؤُهُ جَهَنَّمُ خٰالِداً فِيهٰا» (٣)إلى آخر الآيه.

وقذف المحصنه، لأن اللّه عزّوجلّ يقول: «لُعِنُوا فِى اَلدُّنْيٰا وَ اَلْآخِرَهِ وَ لَهُمْ عَذٰابٌ عَظِيمٌ» (۴).

وأكل مال اليتيم، لأن اللّه عزّوجلّ يقول: «إِنَّمٰا يَأْكُلُونَ فِى بُطُونِهِمْ نٰاراً وَ سَيَصْلَوْنَ سَعِيراً» (۵).

والفرار من الزحف، لأن اللّه عز وجل يقول: «وَ مَنْ يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُ إِلاّٰ مُتَحَرِّفاً لِقِتٰالٍ أَوْ مُتَحَيِّزاً إِلىٰ فِئَهٍ فَقَدْ بٰاءَ بِغَضَبٍ مِنَ اَللّٰهِ وَ مَأْوٰاهُ جَهَنَّمُ وَ بِئْسَ اَلْمَصِيرُ» (۶).

١- ١) سوره يوسف ١٢: ٨٧.

٢- ٢) سوره الأعراف ٧: ٩٩.

٣- ٣) سوره النساء ۴: ٩٣.

۴- ۴) سوره النور ٢۴: ٢٣.

۵- ۵) سوره النساء ۴: ١٠.

۶- ۶) سوره الأنفال ٨: ١۶.

وأكل الربا، لأن اللّه عزّوجلّ يقول: «اَلَّذِينَ يَأْكُلُونَ اَلرِّبٰا لاٰ يَقُومُونَ إِلاّٰ كَمٰا يَقُومُ اَلَّذِى يَتَخَبَّطُهُ اَلشَّيْطٰانُ مِنَ اَلْمَسِّ» (1).

والسحر، لأن اللّه عزّوجلّ يقول: «وَ لَقَدْ عَلِمُوا لَمَنِ اِشْتَرٰاهُ مٰا لَهُ فِى اَلْآخِرَهِ مِنْ خَلاٰقٍ» (2).

والزنا، لأن اللّه عزّوجلّ يقول: «وَ مَنْ يَفْعَلْ ذٰلِكَ يَلْقَ أَثٰاماً * يُضٰاعَفْ لَهُ اَلْعَذٰابُ يَوْمَ اَلْقِيٰامَهِ وَ يَخْلُدْ فِيهِ مُهٰاناً» (3).

واليمين الغموس الفاجره، لأن اللّه عزّوجلّ يقول: «اَلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اَللّٰهِ وَ أَيْمٰانِهِمْ ثَمَناً قَلِيلاً أُولٰئِكَ لاٰ خَلاٰقَ لَهُمْ فِى اَلْآخِرَهِ» (4).

والغلول، لأن اللّه عزّوجلّ يقول: «وَ مَنْ يَغْلُلْ يَأْتِ بِمٰا غَلَّ يَوْمَ اَلْقِيٰامَهِ» (5).

ومنع الزكاه المفروضه، لأن اللّه عزّوجلّ يقول: «فَتُكْوىٰ بِهٰا جِبٰاهُهُمْ وَ جُنُوبُهُمْ وَ ظُهُورُهُمْ» (6).

وشهاده الزور وكتمان الشهاده، لأن اللّه عزّوجلّ يقول: «وَ مَنْ يَكْتُمْهٰا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ» (7).

وشرب الخمر، لأن اللّه عزّوجلّ نهى عنها كما نهى عن عباده الأوثان.

1- 1) سوره البقره 2: 275.

2- 2) سوره البقره 2: 102.

3- 3) سوره الفرقان 25: 69 68.

4- 4) سوره آل عمران 3: 77.

5- 5) سوره آل عمران 3: 161.

6- 6) سوره التوبه 9: 35.

7- 7) سوره البقره 2: 283.

وترک الصّلاه متعمداً أو شیئاً مما فرض اللّه عزوجل، لأن رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم قال: من ترک الصلاه متعمداً فقد برئ من ذمه اللّه وذمه رسوله.

ونقض العهد وقطیعه الرحم، لأن اللّه عزوجل یقول: «لَهُمُ اَللَّعْنَهُ وَ لَهُمْ سُوءُ اَلدّارِ» (۱).

قال: فخرج عمرو وله صراخ من بکائه وهو یقول: هلک من قال برأیه ونازعکم فی الفضل والعلم» (۲).

فالکبیره کلّ ذنب توعّد علیه فی الکتاب، أو عدّ من الکبائر فی السنّه.

الإصرار علی الصغائر کبیره

قال المحقق قدّس سرّه: « وکذا بمواقعه الصغائر مع الإصرار أو فی الأغلب» (۳).

أقول: ظاهر الآیه الشریفه: «إِنْ تَجْتَنِبُوا کَبٰائِرَ مٰا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُکَفِّرْ عَنْکُمْ سَیِّئٰاتِکُمْ» (۴)عدم زوال العداله بمواقعه الصغائر مطلقاً، لکن یدلّ علی ذلک عدّه من الأخبار:

۱ - فی کتاب التوحید عن محمد بن أبی عمیر قال: « سمعت موسی بن جعفر علیه السلام یقول: من اجتنب الکبائر من المؤمنین لم یسئل عن الصغائر قال اللّه تعالی «إِنْ تَجْتَنِبُوا کَبٰائِرَ مٰا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُکَفِّرْ عَنْکُمْ سَیِّئٰاتِکُمْ وَ نُدْخِلْکُمْ مُدْخَلاً

۱- ۱) سوره الرعد ۱۳: ۲۵.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۵: ۳۱۸/۲. أبواب جهاد النفس، الباب ۴۶.

۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۷.

۴- ۴) سوره النساء ۴: ۳۱.

كَرِيماً» . قال قلت: فالشفاعه لمن تجب؟ فقال: حدثنى أبى عن آبائه عن على عليهم السلام قال قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: إنما شفاعتى لأهل الكبائر من أمتى، فأما المحسنون فما عليهم من سبيل.

قال ابن أبى عمير فقلت له: يا ابن رسول اللّه، فكيف تكون الشفاعه لأهل الكبائر، واللّه تعالى يقول «وَ لاٰ يَشْفَعُونَ إِلاّٰ لِمَنِ ارْتَضىٰ» (۱)ومن يرتكب الكبائر لا يكون مرتضى؟

فقال: يا أبا أحمد، ما من مؤمن يذنب ذنباً إلّاساءه ذلك وندم عليه، وقد قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: كفى بالندم توبه، وقال: من سرّته حسنته وساءته سيئته فهو مؤمن، فمن لم يندم على ذنب يرتكبه فليس بمؤمن ولم تجب له الشفاعه – إلى أن قال – قال النبى صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: لا كبير مع الإستغفار ولا صغير مع الإصرار، الحديث» (۲).

۲ – أبو بصير: قال سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول: « لاٰ واللّه، لاٰ يقبل اللّه شيئاً من طاعته على الإصرار على شىء من معاصيه» (۳).

۳ – السكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام « قال قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: من علامات الشقاء: جمود العين، وقسوه القلب، وشدّه الحرص فى طلب الدنيا، والإصرار على الذنب» (۴).

۴ – جابر عن أبى جعفر عليه السلام « فى قول اللّه عزوجل «وَ لَمْ يُصِرُّوا

ص:۸۷۸

۱– ۱) سوره الأنبياء ۲۱: ۲۸.

۲– ۲) وسائل الشيعه ۱۵: ۳۳۵/۱۱. أبواب جهاد النفس، الباب ۴۷.

۳– ۳) وسائل الشيعه ۱۵: ۳۳۷/۱. أبواب جهاد النفس، الباب ۴۸.

۴– ۴) وسائل الشيعه ۱۵: ۳۳۷/۲. أبواب جهاد النفس، الباب ۴۸.

عَلىٰ مٰا فَعَلُوا وَ هُمْ يَعْلَمُونَ» (۱)قال: الإصرار أن يذنب الذنب فلا يستغفر اللّه، ولا يحدّث نفسه بالتوبه، فذلک الإصرار» (۲).

۵ - عبد اللّه بن إبراهيم الجعفری، عن جعفر بن محمد عن أبيه صلّی اللّه عليه وآله وسلّم « قال قال رسول اللّه صلّی اللّه عليه وآله وسلّم: من أذنب ذنباً وهو ضاحک دخل النار وهو باکی» (۳).

هذا، واختلفت تعبيرات القوم فی معنی « الإصرار» .

فقيل: إنه الإکثار من فعل الصغيره، سواء کانت من نوع واحد أو أنواع مختلفه.

وقيل: إنه المداومه علی فعل واحد من الصغائر.

وقيل: يحصل بکلّ منهما (۴)(۵).

ص:۸۷۹

۱- ۱) سوره آل عمران ۳: ۱۳۵.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۱۵: ۳۳۸/۴. أبواب جهاد النفس، الباب ۴۸.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۱۵: ۳۳۸/۵. أبواب جهاد النفس، الباب ۴۸.

۴- ۴) مسالک الأفهام ۱۴: ۱۶۸، جواهر الکلام ۴۱: ۲۷.

۵- ۵) ذکر فی المحجه البيضاء، وجامع السعادات، ما ملخصه: إن الصغيره قد تکبر بأسباب: ۱ - الإصرار والمواظبه، ولذلک قال الصادق عليه السلام: لا صغيره مع الإصرار ولا کبيره مع الإستغفار. ۲ - إستصغار الذنب وعدم استعظامه، قال رسول اللّه صلی اللّه عليه وآله وسلم: « إتقوا المحقرات من الذنوب فإنها لا تغفر. . .» وقال أمير المؤمنين عليه السلام: « أشد الذنوب ما استخف به صاحبه» . ۳ - أن يأتی الصغائر ولا يبالی بفعلها، إغتراراً بحلم اللّه وستره. ۴ - السرور بالصغيره، قال أمير المؤمنين عليه السلام: « سيئه تسؤک خير من حسنه تعجبک» . ۵ - أن يذنب ويظهر ذنبه، بأن يذکره بعد إتيانه، أو يأتی به فی مشهد غيره. ۶ - أن يکون الآتی بالصغيره عالماً يقتدی به الناس.

وقد ضعّف فی (الجواهر) القول بأنه عدم التوبه، لکون ما یدلّ علیه وهو خبر جابر المذکور ف ضعیف السند، علی أن الصغیره تقع مکفّره لا تحتاج إلی توبه، قال: بل لعلّه مخالف لکلام أهل اللغه (۱).

ولو ارتکب الصغیره عازماً علی فعلها مره اخری أو عزم علی إیقاع الصغائر ولم یفعل بعد، فهل تزول عدالته؟ قال فی (الجواهر) : الظاهر عدم إحراز وصف العداله معه (۲).

أی لاحتمال صدق « الإصرار» ، وحینئذ لا تقبل شهادته، لاعتبار وجود وصف العداله فی الشاهد، وهذا یکون بناء علی عدم وجوب التوبه، وأما علی وجوبها، فإن العازم علی المعاوده علی المعصیه تارک للواجب، وترک الواجب معصیه کبیره، بل إن الإکثار من الارتکاب والتوبه لا یبعد أن یکون إصراراً علی المعصیه.

وأما بناءاً علی عدم وجوب التوبه، فإن العزم علی المعصیه لیس معصیه، والمفروض عدم المواقعه ثانیه بعد، فلا وجه للتوقف فی قبول شهادته، اللهم إلا أن یکون ترک التوبه « إصراراً» کما یفیده خبر جابر عن الباقر علیه السلام، لکن قد عرفت تضعیفه إیاه (۳).

هذا کلّه فی الصغیره علی الحال الذی عرفت.

قال المحقق: « أما لو کان فی الندره، فقد قیل: لاـ یقدح، لعدم الانفکاک منها إلا فی ما یقلّ، فاشتراطه التزام للأشق، وقیل: یقدح، لامکان التدارک

ص:۸۸۰

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۱: ۲۷.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۱: ۲۸.

۳- ۳) جواهر الکلام ۴۱: ۲۷.

بالاستغفار، والأول أشبه» .

أقول: نسب القول الأوّل إلى المشهور واختاره المحقق، وجعله صاحب (الجواهر) أشبه بأُصول المذهب وقواعده (۱)، والقول الثاني إلى ابن ادريس.

وقد استدلّ المحقق للأوّل: بأن الإنسان لا ينفكّ من مواقعه الصغيره، فاشتراطه التزام للأشق، إذ تتوقف شئون الناس وامورهم المعتبر فيها العداله، فيقعون في الحرج، وهو منفي في الشرع لقوله تعالى: «مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي اَلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» (۲)أو يقع الشخص غير المنفك نفسه في حرج، ولكن النهي عن المواقعه يكشف عن عدم كون الترك حرجيّاً.

قلت: أيّ مشقه في ترك الصغائر؟ فإن كلّ مؤمن متشرّع ملتفت إلى الأحكام يمكنه الترك بلا عسر ولا حرج، فما ذكره غير واضح عندنا.

نعم، الدليل ما ذكره في (الجواهر) من أن الصغيره بلا إصرار مكفّره باجتناب الكبائر (۳)، فلا حاجه حينئذ إلى التوبه، وبه يتضح الجواب عن دليل القول الثاني.

قال المحقق: « وربما توهّم واهم أن الصغائر لا تطلق على الذنب إلا مع الإحباط، وهذا بالإعراض عنه حقيق، فإن إطلاقها بالنسبه، ولكلّ فريق اصطلاح» (۴).

أقول: قد أشرنا إلى انقسام المعاصي إلى كبائر وصغائر، كما دلّت عليه

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۱: ۲۹.

۲- ۲) سوره الحج ۲۲: ۷۸.

۳- ۳) جواهر الكلام ۴۱: ۲۸.

۴- ۴) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۷.

الآيات والأخبار، وأن الأشهر هو القول بأن الكبيره ما أوعد اللّه عليه النار وتقابلها الصغيره. وذهب جماعه إلى أن الذنوب كلّها كبيره إلا أن بعضها أكبر من بعض، وليس فى الذنوب صغيره، وإنما يكون صغيراً بالإضافه إلى ما هو أكبر.

وأشار هنا إلى أن من الأصحاب من قال بأن الصغائر لا يطلق على الذنوب إلّا على مذهب القائلين بالإحباط، قال: وهذا وهم، لأن الكبائر قد اعتبرها من قال بالإحباط، وكذا من أبطله وهم الاماميه، كما عرفت (۱).

قال فى (المسالک) : على أن القائل بالإحباط يعتبر الأكثر من الطاعه والمعصيه، فيثبته أجمع، أو يثبت منه ما زاد عن مقابله من أى نوع كان من أنواع المعاصى، فربما كانت المعصيه المخصوصه على هذا مما يحبط عن شخص ويبقى على آخر بالنظر إلى ما يقابلها من الطاعه، فلا يتحقق الصغيره فى نوع من أنواع

ص:۸۸۲

---

۱ – ۱) قال الشيخ المفيد (أوائل المقالات: ۹۶) : « لا تحابط بين المعاصى والطاعات، ولا الثواب والعقاب» وفى التجريد: الإحباط باطل لاستلزامه الظلم، ولقوله تعالى: «فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّهٍ خَيْراًيَرَهُ» قال العلامه فى شرحه (شرح تجريد الاعتقاد: ۳۲۷) : « اختلف الناس هنا، فقال جماعه من المعتزله بالاحباط والتكفير، ومعناهما أن المكلف يسقط ثوابه المتقدم بالمعصيه المتأخره، أو يكفر ذنوبه المتقدمه بالطاعه المتأخره. ونفاهما المحققون. ثم القائلون بهما اختلفوا، فقال أبو على: إن المتأخر يسقط المتقدم ويبقى على حاله، وقال أبو هاشم: إنه ينتفى من الأقل بالأكثر، وينتفى الأكثر بالأقل ما ساواه ويبقى الزائد مستحقاً، وهذا هو الموازنه. ويدلّ على بطلان الإحباط: إنه يستلزم الظلم، لأن من أساء وأطاع، وكانت إساءته أكثر يكون بمنزله من لم يحسن، وإن كان إحسانه أكثر يكون بمنزله من لم يسى، وإن تساويا يكون مساوياً لمن يصدر عنه أحدهما، وليس كذلك عند العقلاء، ولقوله تعالى «فَمَن يَعْمَلْ. . .» والإيفاء بوعده ووعيده واجب» . ثم ذكر دليل بطلان الموازنه. وفى مجمع البحرين (مجمع البحرين ۱: ۳۵۴) : « لو قيل ببطلان الإحباط والموازنه، والقول بالتكفير من باب العفو والتفضل، لم يكن بعيداً، وظواهر الأدله تؤيده» .

المعاصی. ومن ثم أطلق علی هذا الفهم الوهم، وجعله حقیقاً بالإعراض عنه (۱).

ثم علی تقدیر إطلاق القائلین بالإحباط لفظه « الصغیره» علی ما یمحی بالذنوب، فهو اصطلاح لهم، وإطلاقها عند الفقهاء علی ما ذکرنا بحسب ما یدلّ علیه الکتاب والسنّه اصطلاح آخر، ولکلّ فریق اصطلاح.

هل یقدح ترک المندوبات؟

قال: « ولا یقدح فی العداله ترک المندوبات ولو أصرّ مضرباً عن الجمیع، ما لم یبلغ حدّاً یؤذن بالتهاون بالسنن» (۲).

أقول: ظاهر العباره کفایه إتیان بعض المندوبات، لکن فی (المسالک) : « لو اعتاد ترک صنف منها کالجماعه والنوافل ونحو ذلک فترک الجمیع، لاشتراکهما فی العلّه المقتضیه لذلک، نعم، لو ترکها أحیاناً لم یضر» (۳).

أقول: لکن الإنصاف وفاقاً للجواهر عدم خلوه من البحث إن لم یکن إجماعاً، ضروره عدم المعصیه فی ترک جمیع المندوبات، أو فعل جمیع المکروهات، من حیث الإذن فیهما فضلًا عن ترک صنف منها، ولو للتکاسل والتثاقل منه.

واحتمال کون المراد بالتهاون الاستخفاف فیه، یدفعه: أن ذلک من الکفر والعصیان، ولا یعبّر عنه ببلوغ الترک حدّ التهاون، کما هو واضح (۴).

۱- ۱) مسالک الأفهام ۴: ۱۷۱.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۷.

۳- ۳) مسالک الأفهام ۱۴: ۱۷۲.

۴- ۴) جواهر الکلام ۴۱: ۳۰.

هل تعتبر المروه؟

بقى شيء: وهو أن المحقق قدّس سرّه لم يتعرّض للمروّه، فهل هى جزء من العداله أو شرط فى قبول الشهاده، أو لا؟

قال فى (الجواهر) : كأن المحقق لم يجعل ترك المروّه قادحاً فى العداله أو يتوقف فى ذلک، وهو قول محكى عن بعض العلماء، من حيث أن منافيها مناف للعاده لا الشرع.

والمحكى عن الأشهر: اعتبارها فى الشهاده، فالمشهور على أنها شطر من العداله، وقيل: هى خارجه عنها لكنها شرط فى قبول الشهاده كالعداله، وقد أغرب العلامه فى القواعد حيث جمع بين الأمرين، فجعلها جزء من العداله (۱)ثم جعلها شرطاً آخر كالعداله (۲)لقبول الشهاده (۳).

هذا بالنسبه إلى الأقوال (۴).

ص:۸۸۴

۱- ۱) قواعد الأحكام ۳: ۴۹۴.

۲- ۲) قواعد الأحكام ۳: ۴۹۵.

۳- ۳) جواهر الكلام ۴۱: ۳۰ ۳۱.

۴- ۴) كما فى الجواهر. وفى رساله الشيخ الأعظم (رسائل فقهيّه: ۱۷) : المشهور بين من تأخر عن العلامه اعتبار المروه فى مفهوم العداله، وهو الذى يلوح من عباره المبسوط أما كلام غير الشيخ ممن تقدم على العلامه فلا دلاله فيه بل ولا إشعار على ذلک. وممن لم يعتبر المروّه فى العداله: المحقق فى الشرائع والنافع، وتبعه العلامه فى الإرشاد وولده فى موضع من الإيضاح، وهو ظاهر الشهيد فى النكت. قال الشيخ: والحاصل: إنه لو ادعى المتتبع أن المشهور بين من تقدم على العلامه عدم اعتبار المروه فى العداله، خصوصاً فى غير الشاهد، لم يستبعد ذلک منه، لما عرفت من كلمات من عدا الشيخ، وأما الشيخ فالعداله المذكوره فى كلامه لا تنطبق على ما ذكره المتأخرون. قال: وينبغى الجزم بعدم اعتبارها فى العداله المعتبره فى الإمام.

وأمـا معنى المروّه، ففى اللغه: الإنسانيه أو الرجوليه (١)، والمراد بلوغ حدّ الكمال فيهما، وفى الإصـطلاح كما فى (كشف اللثام) هيئه نفسانيه يحمل الإنسان على الوقوف عند محاسن الأخلاق وجميل العادات (٢).

وفى (المسالک) : فى ضبط المروّه عبارات متقاربه. . . فذكر جمله من تلک العبارات. . . ومختاره: عدم قبول شهاده من لا مروّه له (٣)، وسنذكر دليله والنظر فيه.

وفى (الجواهر) : لا إشـكال فى ردّ الشهاده بمنافيها إذا رجع إلى محرّم أو خبل، لمنافاه الأول للتقوى، والثانى لكمال العقل. وأما مالا يرجع إلى ذلک، فقد يشكل اعتباره فى الشهاده أو العداله بإطلاق الأدله.

ثم إنه قد استدلّ للإعتبار بوجوه:

الأوّل: فتوى المعظم:

لكن فتوى المشـهور ليس بمسـتند إلّاإذا حصل الإطمينان بها بالـدليل الشـرعى، من جهه أن معظم الأصـحاب لا يفتون بشـى إلا بدليل معتمد.

الثانى: فحوى ما ورد فى ردّ شهاده السائل بكفه (۴).

قلت: من ذلک:

مـا رواه على بن جعفر عن أخيه أبى الحسن موسـى عليهما السـلام « قال: سألته عن السائل الـذى يسأل بكفه، هل تقبل شـهادته؟ فقال: كان أبى لا يقبل

١- ١) تاج العروس ١: ١١٧، لسان العرب ١: ١۵۴، الصحاح ١: ٧٢، كتاب العين ٨: ٢٩٩.

٢- ٢) كشف اللثام ١٠: ٣٠٠.

٣- ٣) مسالک الأفهام ١۴: ١۶٩.

۴- ۴) جواهر الكلام ۴١: ٣٢. وسيأتى الكلام فى ذلک بالتفصيل.

شهادته إذا سأل فى كفه» (١).

وما رواه الشيخ بإسناده عن أحمد بن محمد بن خالد، عن محمد بن مسلم، عن أبى جعفر عليه السلام: قال قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: « شهاده السائل الذى يسأل فى كفه لا تقبل. . .» (٢).

وما رواه على بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال: « سألته عن السائل بكفّه، أتجوز شهادته؟ فقال: كان أبى يقول: لا تقبل شهاده السائل بكفه» (٣).

وما رواه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: « رد رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم شهاده السائل الذى يسأل فى كفه، قال أبو جعفر عليه السلام لأنه لا يؤمن على الشهاده، وذلك لأنه إن أُعطى رضى وإن منع سخط» (۴).

فالسؤال بالكف ينافى المروّه، وقد استثنى بعضهم سؤال مستحق الخمس أو الزكاه ممن يجب عليه ذلک، لأن السخط على من لا يحسن لأجل عدم الإحسان معصيه، ولا أقلّ من أن يسلب السؤال بالكف الإطمينان والوثوق بكلامه وشهادته، لأن من لا يحفظ كرامته أمام الناس لشى يعطى أو يمنع، فإنه لا يحفظ أعراض الآخرين وكرامتهم بالأولويّه. هذا وجه الإستدلال.

وفيه: إن الحكمه التى ذكرها الإمام عليه السلام فى صحيحه محمد بن مسلم تفيد أن السائل بكفه لا ينفک غالباً عن المعصيه، سواء رضى أو سخط، كما نشاهد فى مجتمعنا بالعيان، فالسؤال بالكف ينافى العداله، وحينئذ، لا مجال

١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٨٢/١. كتاب الشهادات، الباب ٣۵.

٢- ٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٨٢/٢، ذيل الحديث. كتاب الشهادات، الباب ٣۵.

٣- ٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٨٣/٣. كتاب الشهادات، الباب ٣۵.

۴- ۴) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٨٢/٢. كتاب الشهادات، الباب ٣۵.

للأولويه، حتى يكون فحوى هذه الأخبار دليلاً على اعتبار المروّه والقول بسقوط شهاده من يجتنب الكبائر ويأتى بالواجبات لكنه يقوم ببعض المنافيات للمروه أحياناً.

ومما ذكرنا ينقدح عدم الوجه لاندراجه فى الظنين، وهو الوجه:

الثالث: وهو ما ذكره بقوله: ولعلّ منه ينقدح اندراجه فى الظنين الذى استفاضت النصوص فى ردّ شهادته (۱):

منها: خبر ابن سنان: « قلت لأبى عبد اللّه علیه السلام: ما يرد من الشهود؟ قال فقال: الظنين والمتّهم. قال: قلت: فالفاسق والخائن؟ قال: ذلک يدخل فى الظنين» (۲).

ومنها: خبر سليمان بن خالد قال: « سألت أبا عبد اللّه علیه السلام، وذكر مثله إلا انّه قال: الظنين والخصم» (۳).

ومنها: خبر أبى بصير قال: « سألت أبا عبد اللّه علیه السلام، وذكر مثله إلا أنه قال: الظنين والمتّهم والخصم» (۴).

ومنها: خبر الحلبى قال: « سئل أبو عبد اللّه علیه السلام عما يردّ من الشهود فقال: الظنين والمتهم والخصم. قال قلت: فالفاسق والخائن؟ فقال: هذا يدخل فى الظنين» (۵).

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۱: ۳۳.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۷۳/۱. كتاب الشهادات، الباب ۳۰.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۷۳/۲. كتاب الشهادات، الباب ۳۰.

۴- ۴) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۷۳/۳. كتاب الشهادات، الباب ۳۰.

۵- ۵) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۷۴/۵. كتاب الشهادات، الباب ۳۰.

ومنها: خبر محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام « قال قال رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم: لم تجز شهاده الصبی ولا خصم ولا متهم ولا ظنین» (۱).

لظهور تلک الأخبار فی عدم انفکاک السائل بکفه عن المعصیه المسقطه للعداله والموجبه لردّ الشهاده، فلا یندرج تحت عنوان « الظنین» .

الرابع: قول الکاظم علیه السلام: « لا دین لمن لا مروّه له، ولا مروّه لمن لا عقل له» (۲).

وفیه: ما ذکره صاحب (الجواهر) ، ضروره إراده الکمال الزائد علی وصف العداله منه (۳)، فیکون نظیر « لا صلاه لجار المسجد إلّافی المسجد» (۴).

الخامس: ما قیل من أنه یشعر به ما فی بعض النصوص: « من عامل الناس فلم یظلمهم، وحدّثهم فلم یکذبهم، ووعدهم فلم یخلفهم، فهو ممن کملت مروته، وظهرت عدالته، ووجبت اخوته، وحرمت غیبته» (۵).

وفیه: إن الظلم والکذب محرّمان یخلّان بأصل العداله، وکذا خلف الوعد بناءاً علی کونه من الکذب، إذن، لیس المراد من المروّه فی الخبر ما ذکروه فی معناها لغه واصطلاحاً.

السادس: إن فاقد المروّه غیر مرضی الشهاده عرفاً، فلا یدخل فی قوله

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۷۴/۶. کتاب الشهادات، الباب ۳۰.

۲- ۲) الکافی ۱: ۱۵/۱۲.

۳- ۳) جواهر الکلام ۴۱: ۳۳.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۵: ۱۹۴/۱. أبواب أحکام المساجد، الباب ۲.

۵- ۵) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۹۶/۱۵. کتاب الشهادات، الباب ۴۱.

تعالى: «مِمَّنْ تَرْضَوْنَ» (١).

قلت: عن أمير المؤمنين عليه السلام فى هذه الآيه المباركه قال: « ممن ترضون دينه وأمانته وصلاحه وعفته وتيقظه فيما يشهد به وتحصيله وتمييزه، فما كلّ صالح مميزاً ولا محصّلاً، ولا كلّ محصل مميز صالح» (٢).

والظاهر: إنه أجنبى عن محلّ الكلام، لأنه ساكت عن الامور المتعارفه بين الناس وسلوكه فى المجتمع بحسب العادات والأخلاق العرفيه المتبعه. . .

السابع: أصاله عدم ترتب أحكام العداله على فاقد المروّه بعد عدم الوثوق بإطلاق يتناوله. . .

أقول: لا ـ مجال لهذا الأصل بعد سكوت صحيحه ابن أبى عمير عن اعتبار المروّه، إذ لو كانت شطراً من العداله لذكرت فى الصحيحه، مع كون الإمام عليه السلام فى مقام بيان العداله وخصوصياتها، لا سيما بناءاً على القول بالحقيقه الشرعيه للفظ « العداله» ، وحينئذ يكون الأصل فى اعتبار شيء زائداً على ما فى الصحيحه هو العدم.

وليس هذا الشك فى الاعتبار مسبباً عن الشك فى مفهوم العداله، ولو سلّم، فإن هذه السببيه شرعيّه والمرجع فيها هو الشرع، فلما كان الوضوء سبباً شرعياً لحصول الطهاره، كان على الشارع بيان الوضوء، فإن شك فى جزئيه شيء فيه ولم يذكره، كان الأصل عدم الجزئيه.

فظهر بما ذكرنا: الإشكال فى جميع الوجوه التى ذكرها صاحب (الجواهر)

ص:٨٨٩

١- ١) سوره البقره ٢: ٢٨٢.

٢- ٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٩٩/٢٣. كتاب الشهادات، الباب ٤١.

لاعتبار المروّه.

وأما ما ذكره صاحب (المسالک) فی وجه عدم قبول شهاده من لا مروّه له من « أن طرح المروّه إما أن یکون بخبل ونقصان أو قله مبالاه وحیاء، وعلی التقدیرین یبطل الثقه والاعتماد علی قوله. أما الأوّل فظاهر، وأما قلیل الحیاء، فمن لا حیاء له یصنع ما شاء کما ورد فی الخبر» (۱).

ففیه: إن المراد من الحیاء فی هذا الخبر ونحوه هو الحیاء من اللّه عزّوجلّ، لا الحیاء فی الامور العرفیّه والعادیّه، ومن الواضح أن من لا یستحی من اللّه سبحانه ففیه اقتضاء أن یفعل ما شاء، وعدم الحیاء بهذا المعنی الظاهر من الخبر ینافی العداله، بل هو کفر باللّه عزّوجلّ، وهذا معنی الخبر: « لا إیمان لمن لا حیاء له» (۲).

ص:۸۹۰

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۱۶۹.

۲- ۲) الکافی ۶: ۳/۴۶۰.

المسأله الاولی: (فی عدم قبول شهاده المخالف فی اُصول العقائد)

قال المحقق قدّس سرّه: « کلّ مخالف فی شیء من اُصول العقائد تردّ شهادته، سواء استند فی ذلک إلی التقلید أو إلی الإجتهاد» (۱).

أقول: قال فی (المسالک) : « المراد بالاصول التی تردّ شهاده المخالف فیها: اُصول مسائل التوحید والعدل والنبوه والإمامه والمعاد، وأما فروعها من المعانی والأحوال وغیرهما من فروع علم الکلام، فلا یقدح الإختلاف فیها، لأنها مباحث ظنیه، والإختلاف فیها بین علماء الفرقه الواحده کثیر شهیر، وقد عدّ بعض العلماء جمله مما وقع الخلاف فیه منها بین المرتضی وشیخه المفید، فبلغ نحواً من مائه مسأله فضلاً عن غیرهما» (۲).

وفی (الجواهر) شرح العباره بحیث تعمّ الفروع الإعتقادیه أیضاً، لکن مقیدهً بکونها مما علم ضروره من الدین أو المذهب، قال: « لاشتراک الجمیع فی

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۷.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۴: ۱۷۲.

عـدم المعـذوريه الموجبه للكفر فضـلًا عن الفسق» (۱)فيكـون المراد من الفرع: الفروع المسـلّمه الضـروريه، ولاـ ريب فی أن من خـالف فی شـیء من هـذه الفروع تردّ شـهادته، بـل يخرج بمخـالفته عن الـدين أو المـذهب، كالقائـل بالتجسـيم والقائـل بالجبر ونحوهما.

وفی (العروه) : « لا إشـكال فی نجاسه الغلاه والخوارج والنواصب، وأما المجسّمه والمجبّره والقائلين بوحده الوجود من الصوفيّه إذا التزموا بأحكام الإسلام، فالأقوی عدم نجاستهم، إلا مع العلم بالتزامهم بلوازم مذاهبهم من المفاسد» (۲).

ولا ريب فی أن المسائل التی وقع الخلاف فيها بين العلماء والتی يقول صاحب (المسالک) بعـدم قـدح الخلاف فيها، ليست من فروع الإعتقـادات الضـروريه، بـل هی مبـاحث ظنيه كمـا قـال. . . فـإن أراد الشـهيد الثـانی ما ذكرنا فهو، وإلا ورد عليه إشـكال (الجواهر) .

قـال المحقق: « ولاـ ترد شـهاده المخـالف فی الفروع من معتقـدی الحق إذا لم يخـالف الإجمـاع، ولاـ يفسق وإن كان مخطئاً فی اجتهاده» (۳).

أقول: إن الخلاف فی الفروع الفقهيه لا يضـرّ بالعـداله ولا بالشـهاده، إذ قد يؤدی إلی ذلک الإجتهاد والنظر فی الأدلّه وهی كلّها ظنيه، إما سنداً كما فی السنّه،

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۱: ۳۴.

۲- ۲) العروه الوثقی ۱: ۱۴۵ المسأله ۳.

۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۷.

وإما دلاله كما فی الكتاب.

هذا، إلا إذا كانت مخالفته مخالفه للإجماع الثابت المعلوم دخول المعصوم علیه السلام فی المجمعین، وكذا إذا خالف الحكم المقطوع به بحیث یقطع بقبول المعصوم له، كما إذا كان مما یستقلّ به العقل، فإن مثل هذا الحكم لا ریب فی قبوله له، لأنه یكون مورد قاعده الملازمه: «كل ما حكم به العقل حكم به الشرع» (1)أو یكون الحكم مما اتفق علیه فقهاء الفرقه المحقه واستقرت علیه كلمتهم مع اختلاف الأعصار والأمصار، بناءاً علی أن مثل ذلك كاشف عن الواقع الذی لم یتخلّف عنه المعصوم علیه السلام، فإن مثل هذا الحكم لا یجوز مخالفته لكشفه عن رأی المعصوم، بل لا یجوز مخالفه كلّ إجماع كان عن اجتهاد صحیح ویكشف عن وجود دلیل معتبر لا یجوز مخالفته باجتهاد.

ومثل الإجماع المذكور فی ذلك مخالفه صریح الكتاب ونصّه أو الخبر المتواتر المعلوم.

1- 1) هدایه المسترشدین 3: 503.

المسأله الثانيه: (فی عدم قبول شهاده القاذف)

قال المحقق قدّس سرّه: « لا تقبل شهاده القاذف، ولو تاب قبلت» .

أقول: الأصل فی هذه المسأله هو قول اللّه سبحانه: «وَ اَلَّذِينَ يَرْمُونَ اَلْمُحْصَنٰاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَهِ شُهَدٰاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمٰانِينَ جَلْدَهً وَ لاٰ تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهٰادَهً أَبَداً وَ أُولٰئِكَ هُمُ اَلْفٰاسِقُونَ * إِلاَّ اَلَّذِينَ تٰابُوا مِنْ بَعْدِ ذٰلِكَ وَ أَصْلَحُوا فَإِنَّ اَللّٰهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ» (۱). وتدلّ علی ذلک الأخبار المستفیضه، وقد قام الإجماع بقسمیه علیه.

وإنما لا تقبل شهادته مع عدم اللّعان أو البیّنه أو إقرار المقذوف، وأما مع أحد الامور المذکوره، أو إذا تاب، قبلت، سواء أُقیم الحدّ علیه أو لا، ولو أُقیم ولم یتب لم تقبل.

وقد اتفق المفسرون علی عدم رجوع الإستثناء إلی الجمله الاولی أعنی قوله: «فَاجْلِدُوهُمْ ثَمٰانِينَ جَلْدَهً» وهم بین من أرجعه إلی الجملتین الباقیتین، وبین من أرجعه إلی الثالثه وهی: «أُولٰئِكَ هُمُ اَلْفٰاسِقُونَ» (۲).

۱- ۱) سوره النور ۲۴: ۴ ۵.

۲- ۲) التبیان فی تفسیر القرآن ۷: ۴۰۹، جامع البیان للطبری ۱۸: ۶۰ ۶۱، معانی القرآن للنحاس ۴: ۵۰۱، تفسیر القرطبی ۱۲: ۱۷۹ ۱۸۰، الکشاف ۴: ۲۶۹، تفسیر ابن کثیر ۳: ۲۷۵، المیزان ۱۵: ۸۱ ۸۲.

وأما الحدّ، فإن كان فی حقوق اللّه فلا یسقط، إلا إذا تاب قبل أن یؤخذ إلی الحاکم کما فی الأخبار (۱)، وإن کان فی حقوق الناس یسقط بعفو صاحبه، وإلا فلا یسقط، سواء تاب أو لا، وما نحن فیه من هذا القبیل، فهو یسقط بعفو المقذوف، کما یرتفع الفسق وتقبل شهادته بالتوبه.

حدّ توبه القاذف

إنما الکلام فی حدّ التوبه ومعنی الإصلاح المذکور فی الآیه.

أما « التوبه» فالآیه ساکته عن بیان حدّها، وکلمات الأصحاب مختلفه فیه:

قال المحقق: « وحد التوبه أن یکذب نفسه وإن کان صادقاً ویوری باطناً. وقیل: یکذبها إن کان کاذباً، ویخطئها فی الملأ إن کان صادقاً. والأول مروی» (۲).

ولننظر فی أخبار المسأله:

۱ – أبو الصباح الکنانی قال: « سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن القاذف بعد ما یقام علیه الحدّ، ما توبته؟ قال: یکذب نفسه. قلت: أرأیت إن أکذب نفسه وتاب، أتقبل شهادته؟ قال: نعم» (۳).

۲ – القاسم بن سلیمان قال: « سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن الرجل یقذف الرجل فیجلد حدّاً ثم یتوب ولا یعلم منه إلّاخیر، أتجوز شهادته؟ قال:

---

۱ – ۱) فی الوسائل: « باب إن من تاب قبل أن یؤخذ سقط عن الحد» ج۲۸ / ۳۶ ومن ذلک صحیح ابن سنان عن أبی عبداللّه علیه السلام: « السارق إذا جاء من قبل نفسه تائباً إلی اللّه عزّوجّل ترد سرقته إلی صاحبها ولا قطع علیه» .

۲– ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۸.

۳– ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۸۳/۱. کتاب الشهادات، الباب ۳۶.

نعم، ما يقال عندكم؟ قلت: يقولون توبته فيما بينه وبين اللّه، ولا تقبل شهادته أبداً، فقال: بئس ما قالوا، كان أبى يقول: إذا تاب ولم يعلم منه إلا خير جازت شهادته» (۱).

۳ - السكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: « قال أمير المؤمنين عليه السلام: ليس يصيب أحد حدّاً فيقام عليه ثم يتوب إلا جازت شهادته» (۲).

۴ - يونس عن بعض أصحابه عن أحدهما عليهما السلام قال: « سألته عن الذى يقذف المحصنات تقبل شهادته بعد الحدّ إذا تاب؟ قال: نعم. قلت: وما توبته؟ قال: يجى فيكذب نفسه عند الإمام ويقول: قد افتريت على فلانه، ويتوب مما قال» (۳).

۵ - الكنانى: « سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن القاذف إذا أكذب نفسه وتاب، أتقبل شهادته؟ قال: نعم» (۴).

۶ - عبد اللّه بن سنان: « سألت أبا عبد اللّه عن المحدود إذا تاب أتقبل شهادته؟ فقال: إذا تاب، وتوبته أن يرجع فيما قال ويكذب نفسه عند الإمام وعند المسلمين، فإذا فعل فإن على الإمام أن يقبل شهادته بعد ذلك» (۵).

إن هذه الأخبار تدل على أن توبته (إكذاب نفسه) كما عليه المحقق تبعاً

ص:۸۹۶

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۸۳/۲. كتاب الشهادات، الباب ۳۶.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۸۴/۳. كتاب الشهادات، الباب ۳۶.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۸۴/۴. كتاب الشهادات، الباب ۳۶.

۴- ۴) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۸۴/۵. كتاب الشهادات، الباب ۳۶.

۵- ۵) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۸۵/۱. كتاب الشهادات، الباب ۳۷.

للصدوقين (۱)والعمانی (۲)ونهایه الشیخ (۳)والشهیدین (۴)وغیرهم (۵)، بل قیل إنه المشهور (۶)، بل ادعی علیه الإجماع (۷)، ولا ریب أن هذا الإکذاب یکون عقیب الندم فیما بینه وبین اللّٰه عز وجل، وأنه یعتبر - بعد حمل مطلقها علی مقیدها - أن یکون عند الإمام وعند المسلمین، وفاقاً للجماعه، بل عن بعضهم عدم الخلاف فی اعتبار ذلک (۸)، فما فی (الجواهر) من أن الظاهر إراده إجهاره بذلک لا کونه شرطاً فی التوبه (۹)، خلاف ظاهر الأخبار، بل الظاهر منها عدم تحقق التوبه المؤثره لقبول الشهاده إلاـ بذلک، کما لا یخفی علی من لاحظها، لا سیما صحیحه ابن سنان حیث یسأل عن المحدود إذا تاب أتقبل شهادته؟ فقال الإمام علیه السلام: « نعم إذا تاب، وتوبته أن یرجع ممّا قال ویکذب نفسه عند الإمام وعند المسلمین، فإذا فعل

۱- ۱) المقنع: ۳۹۷ ۳۹۸.

۲- ۲) مختلف الشیعه ۸: ۴۷۹.

۳- ۳) النهایه: ۷۲۷.

۴- ۴) الدروس ۲: ۱۲۶، مسالک الأفهام ۱۴: ۱۷۳.

۵- ۵) إصباح الشیعه: ۵۲۹، التنقیح الرائع ۴: ۲۹۳ ۲۹۴، المهذب لابن البراج ۲: ۵۴۹.

۶- ۶) ریاض المسائل ۱۵: ۲۷۶.

۷- ۷) غنیه النزوع ۲: ۴۴۰.

۸- ۸) إیضاح الفوائد ۴: ۴۲۴، التنقیح الرائع ۴: ۲۹۴، غایه المرام: ۲۷۹ ۲۸۰، ریاض المسائل ۱۵:۲۷۸۲۷۷.

۹- ۹) جواهر الکلام ۴۱: ۴۰.

فإن على الإمام أن يقبل شهادته بعد ذلك» .

وقد ظهر بذلك ضعف القول الآخر، والقائل به الشيخ فى (المبسوط) (۱)وابن إدريس (۲)وابن سعيد (۳)والعلامه (۴)فإنه اجتهاد فى مقابله نصوص المسأله، بل فى (المسالک) إنه تعريض بقذف جديد غير القدف الأول (۵).

كما ظهر من خبر القاسم بن سليمان خلاف العامه فى المسأله، حيث يقولون بأن توبته فيما بينه وبين اللّه تعالى، ولا تقبل شهادته أبدا (۶).

ومن هنا حمل على التقيه ما رواه السكونى: « عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام قال: ليس أحد يصيب حدّاً فيقام عليه ثم يتوب إلا جازت شهادته إلا القاذف، فإنه لا تقبل شهادته، إن توبته فيما كان بينه وبين اللّه تعالى» (۷).

إلا أن حمله على التقيه من البعد بمكان، لأنه عن أمير المؤمنين ولم يكن عليه السلام فى تقيه فى بيان المسائل الشرعيه الفرعيه، وأبعد منه احتمال أن نسبه الإمام الصادق عليه السلام ذلک إلى جدّه عليه السلام هى من باب التقيه. . . (۸).

فالصحيح فى الجواب عنه هو: إن الإستثناء المزبور قد اختص به بعض نسخ (التهذيب) ، وقد خلا عنه البعض الآخر وكتاب (الكافى) الذى تقرّر كونه أضبط من التهذيب، فيتقدم الخبر الخالى عنه لما ذكرنا، وإن كان الأصل فى دوران الأمر

۱- ۱) المبسوط فى فقه الإماميه ۸: ۱۷۹.

۲- ۲) السرائر ۳: ۵۲۶.

۳- ۳) الجامع للشرائع: ۵۴۰.

۴- ۴) مختلف الشيعه ۸: ۴۸۰.

۵- ۵) مسالک الأفهام ۱۴: ۱۷۵.

۶- ۶) السنن الكبرى للبيهقى ۱۰: ۱۵۶، المحلّى لابن حزم ۹: ۴۳۱، بدايه المجتهد ۲: ۴۴۳، المغنى لابن قدامه ۲: ۷۵ ۷۶.

۷- ۷) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۸۴/۶. كتاب الشهادات، الباب ۳۶.

۸- ۸) جواهر الكلام ۴۱: ۳۷.

بين الزياده والنقيصه هو عدم الزياده.

هذا كلّه فى حد التوبه فى هذا المقام.

وأما « الإصلاح» فهل هو شرط زياده عن التوبه؟ وما معناه؟

هل يشترط إصلاح العمل زياده عن التوبه؟

قال المحقق قدّس سرّه: « وفى اشتراط إصلاح العمل زياده عن التوبه تردد، والأقرب: الإكتفاء بالإستمرار، لأن بقاءه على التوبه إصلاح ولو ساعه» (١).

أقول: الأصل فى هذا قوله تعالى: «إِلَّا اَلَّذِينَ تابُوا مِنْ بَعْدِ ذٰلِكَ وَ أَصْلَحُوا» (٢)ولم تذكر الآيه شيئاً زائداً على « الإصلاح» فقيل: العطف تفسيرى ولا يشترط شىء زائداً على التوبه (٣)، وقيل: يشترط إصلاح العمل زياده عن التوبه (۴)، فقيل: يكتفى فى إصلاح العمل بالاستمرار على التوبه (۵)، وقيل: المراد إصلاح الحال والنفس بمنعها عن ظهور ما ينافى العداله (۶).

قال فى (الجواهر) : التأمل الجيّد يقتضى كون المراد بالإصلاح إكذاب نفسه بين الناس الذى يكون به إصلاح لما أفسده من عرض المقذوف بقذفه، وذلك لظهور النصوص أو صراحتها فى مغفره ذنب القاذف بالتوبه وإكذاب نفسه، وأنه لا يحتاج بعد ذلك إلى أمر آخر، والآيه ذكرت التوبه والإصلاح، فيعلم حينئذ كون

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ١٢٨.

٢- ٢) سوره النور ٢۴: ۵.

٣- ٣) كشف اللثام ١٠: ٢٩٠.

۴- ۴) كتاب الخلاف ۶: ٢۶۴ المسأله ١٣، السرائر ٢: ١١۶ و٣: ۵٢٢.

۵- ۵) مختلف الشيعه ٨: ۴٨١، مسالك الأفهام ١۴: ١٧۵.

۶- ۶) رياض المسائل ١۵: ٢٨٠.

المراد ذلك، لأن كلامهم عليهم السلام كالتفسير لها (۱).

أقول: ليس ظاهر النصوص - فضلاً عن صراحتها - ما ذكره رحمه اللّه، ففى خبر القاسم بن سليمان: « سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن الرجل يقذف الرجل فيجلد حدّاً ثم يتوب ولا يعلم منه إلا خير، أتجوز شهادته؟ قال نعم، ما يقال عندكم؟ قلت: يقولون: توبته فيما بينه وبين اللّه تعالى ولا تقبل شهادته أبداً. فقال: بئسما قالوا، كان أبى يقول: إذا تاب ولم يعلم منه إلاخير جازت شهادته» (۲)وظاهره اعتبار شىء زائداً على التوبه، فيعلم حينئذٍ كون المراد من « الإصلاح» فى الآيه « أن لا يعلم منه إلا خير» بعد التوبه، لأن كلامهم عليهم السلام كالتفسير لها.

فظهر اشتراط اعتبار ذلك زياده عن « التوبه» ، خلافاً لمن نفى ذلك، وأن العطف ليس تفسيرياً، خلافاً لمن احتمله، وأنه لا يكفى فى ذلك الاستمرار على التوبه ولو ساعه، خلافاً للمحقق وغيره، والقول بأن المراد أن لا يعلم منه إلا خير قبل التوبه، خلاف ظاهر الخبر.

فالحق هو القول باشتراط إصلاح العمل زياده عن التوبه (۳).

ص:۹۰۰

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۱: ۴۱.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۸۳/۲. كتاب الشهادات، الباب ۳۶.

۳- ۳) أقول: توضيح ما ذكره السيد الاستاذ هو: إن الآيات التى جاء فيها « الإصلاح» بعد « التوبه» على طوائف: منها: الآيه المذكوره فى صدر المسأله وهى فى سوره النور: ۵ «وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ. . . إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِن بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا. . .» وقوله تعالى: «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَهُ. . . فَمَن تَابَ مِن بَعْدِ ظُلْمِهِ وَأَصْلَحَ. . .» وقوله: «. . . أَنَّهُ مَن عَمِلَ مِنكُمْ سُوءاً بِجَهَالَهٍ ثُمَّ تَابَ مِن بَعْدِهِ وَأَصْلَحَ. . .» . ومنها: الآيه فى سوره آل عمران: ۸۹: «كَيْفَ يَهْدِى اللّهُ قَوْماً كَفَرُواْ بَعْدَ إِيمَانِهِمْ. . . إِلاَّ الَّذِينَ تَابُواْ مِن بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُواْ. . .» ونحوها. ومنها: الآيات الكثيره التى جاء فيها « العمل الصالح» بعد الإيمان « والتوبه» . والمستفاد من مجموعها أن التوبه لا تتحقق أو لا تكمل إلا بالإصلاح الذى هو ضد الإفساد، فلابد من إصلاح العبد ما بينه وبين مولاه بالدخول فى الصلاح والقيام بالصالحات، حتى لا يعلم منه إلا خير، وهذا هو ظاهر الطائفتين الثانيه والثالثه من الآيات. إلا أن الطائفه الاولى امتازت ببيان اشتراط التوبه عن تلك الذنوب الخاصه وهى ارتكاب « رمى المحصنات» و « السرقه» و « السوء» بإصلاح ما أفسد فى تلك الموارد، بالإصلاح المناسب لكل منها، ومن الواضح أن إصلاح ما أفسده فى مورد آيه رمى المحصنات يكون بإكذاب نفسه بين الناس، وبه صرحت النصوص. فالعمل الصالح زياده عن التوبه شرط، وقد يشترط بالإضافه إلى ذلك فى بعض الموارد إصلاح خاص.

ثم إن هذا الخبر بناء على تماميّه سنده يقيّد الأخبار المطلقه الدالّه على جواز شهادته بتوبته المجرده المتحققه بإكذاب نفسه، كما عرفت ظهور الآـيه الكريمه فى اشتراط « الإصـلاح» بـالمعنى المـذكور زيـاده عن التوبه، ولاـ أقـل من احتفـاف تلك الأخبار بما يصلح للقرينيه، فلا يصح التمسک بإطلاقها.

قال المحقق: « ولو أقام بيّنه بالقذف أو صدّقه المقذوف فلا حدّ عليه ولا ردّ» (۱).

أقول: أى: لو أقام القاذف بينه بما صدر منه من القذف أو صدّقه المقذوف، فلا حدّ عليه ولا تردّ شهادته، وهو واضح.

ص:۹۰۱

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۸.

المسأله الثالثه: (فی حرمه اللعب بآلات القمار مطلقاً)

قال المحقق قدّس سرّه: « اللعب بآلات القمار کلّها حرام، کالشطرنج والنرد والأربعه عشر وغیر ذلک، سواء قصد اللهو أو الحذق أو القمار» (۱).

أقول: لا ریب فی حرمه اللّعب بآلات القمار نصّاً وفتویً، کما لا ریب فی حرمه التصرف فی المال الحاصل من هذا الطریق، لأنه أکل للمال بالباطل.

ولنذکر طائفه من نصوص المسأله:

۱ - زیاد بن عیسی قال: « سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن قوله عزّوجلّ: «وَ لاٰ تَأْکُلُوا أَمْوٰالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْبٰاطِلِ» (۲)فقال: کانت قریش تقامر الرجل بأهله وماله، فنهاهم اللّه عزّوجلّ عن ذلک» (۳).

۲ - جابر « عن أبی جعفر علیه السلام قال: لما أنزل اللّه علی رسوله صلّی اللّه علیه وآله وسلّم «إِنَّمَا اَلْخَمْرُ وَ اَلْمَیْسِرُ وَ اَلْأَنْصٰابُ وَ اَلْأَزْلاٰمُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ اَلشَّیْطٰانِ فَاجْتَنِبُوهُ» (۴)قیل: یا رسول اللّه ما المیسر؟ فقال: کلّ ما تقومر به حتی الکعاب والجوز. قیل: فما الأنصاب؟ قال: ما ذبحوا لآلهتهم. قیل: فما الأزلام؟

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۸.

۲- ۲) سوره البقره ۲: ۱۸۸.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۱۷: ۱۶۴/۱. أبواب ما یکتسب به، الباب ۳۵.

۴- ۴) سوره المائده ۵: ۹۰.

قال: قداحهم التی یستقسمون بها» (۱).

۳ – حماد بن عیسی، قال: « دخل رجل من البصریین علی أبی الحسن الأوّل علیه السلام، فقال له: جعلت فداک، إنی أقعد مع قوم یلعبون بالشطرنج ولست ألعب بها ولکن أنظر، فقال: مالک ولمجلس لا ینظر اللّه إلی أهله» (۲).

۴ – سلیمان الجعفری « عن أبی الحسن الرضا علیه السلام قال: المطّلع فی الشطرنج کالمطّلع فی النار» (۳).

۵ – ابن رئاب قال: « دخلت علی أبی عبد اللّه علیه السلام فقلت له: جعلت فداک، ما تقول فی الشطرنج؟ فقال: المقلّب لها کالمقلّب لحم الخنزیر.

قال فقلت: ما علی من قلب لحم الخنزیر؟ قال: یغسل یده» (۴).

۶ – أبو بصیر عن أبی عبد اللّه السلام قال: « بیع الشطرنج حرام، وأکل ثمنه سحت، واتخاذها کفر، واللّعب بها شرک، والسلام علی اللّاهی بها معصیه وکبیره موبقه، والخائض فیها یده کالخائض یده فی لحم الخنزیر، لا صلاه له حتی یغسل یده کما یغسلها من مس لحم الخنزیر، والناظر إلیها کالناظر فی فرج اُمه، واللّاهی بها والناظر إلیها فی حال ما یلهی بها والسلام علی اللّاهی بها فی حالته تلک فی الإثم سواء، ومن جلس علی اللعب بها فقد تبوّء مقعده من النار، وکان عیشه ذلک حسره علیه فی القیامه، وإیاک ومجالسه اللاهی والمغرور بلعبها، فإنها من المجالس

۱– ۱) وسائل الشیعه ۱۷: ۱۶۵/۴. أبواب ما یکتسب به، الباب ۳۵.
۲– ۲) وسائل الشیعه ۱۷: ۳۲۲/۱. أبواب ما یکتسب به، الباب ۱۰۳.
۳– ۳) وسائل الشیعه ۱۷: ۳۲۲/۲. أبواب ما یکتسب به، الباب ۱۰۳.
۴– ۴) وسائل الشیعه ۱۷: ۳۲۲/۳. أبواب ما یکتسب به، الباب ۱۰۳.

التی باء أهلها بسخط من اللّه، یتوقّعونه فی کلّ ساعه فیعمک معهم» (۱).

۷ - الحسین بن زید عن الصادق عن آبائه علیهم السلام فی حدیث المناهی قال: « نهی رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم عن اللّعب بالنرد والشطرنج والکوبه والعرطبه وهی الطنبور والعود، ونهی عن بیع النرد» (۲).

۸ - معمر بن خلاد « عن أبی الحسن علیه السلام قال: النرد والشطرنج والأربعه عشر بمنزله واحده، وکلّ ما قومر علیه فهو میسر» (۳).

۹ - أبو بصیر « عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال قال أمیر المؤمنین علیه السلام: النرد والشطرنج هما المیسر» (۴).

۱۰ - عیون الأخبار عن الرضا علیه السلام فی رسالته إلی المأمون، فی ذکر الکبائر: « والمیسر وهو القمار» (۵).

۱۱ - الفضیل قال: « سألت أبا جعفر علیه السلام عن هذه الأشیاء التی یلعب بها الناس: النرد والشطرنج حتی انتهیت إلی السدر، فقال: إذا میّز اللّه الحق من الباطل مع أیّهما یکون؟ قال: مع الباطل، قال: فمالک وللباطل؟» (۶).

۱۲ - زید الشحام قال: « سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن قول اللّه عزّوجلّ «فَاجْتَنِبُوا اَلرِّجْسَ مِنَ اَلْأَوْثانِ وَ اِجْتَنِبُوا قَوْلَ اَلزُّورِ» (۷)قال: الرجس

ص:۹۰۴

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۷: ۳۲۳/۴. أبواب ما یکتسب به، الباب ۱۰۳.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۷: ۳۲۵/۶. أبواب ما یکتسب به، الباب ۱۰۴.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۱۷: ۳۲۳/۱. أبواب ما یکتسب به، الباب ۱۰۴.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۱۷: ۳۲۴/۲. أبواب ما یکتسب به، الباب ۱۰۴.

۵- ۵) وسائل الشیعه ۱۵: ۳۲۹/۳۳. أبواب جهاد النفس، الباب ۴۶.

۶- ۶) وسائل الشیعه ۱۷: ۳۲۴/۴. أبواب ما یکتسب به، الباب ۱۰۴.

۷- ۷) سوره الحج ۲۲:۳۰.

من الأوثان الشطرنج، وقول الزور الغناء» (١).

١٣ – عمر بن يزيد « عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: إن للّه عزّوجلّ فی كلّ لیله من شهر رمضان عتقاء من النار، إلا من أفطر علی مسكر، أو مشاحن أو صاحب شاهین. قلت: وأی شیء صاحب الشاهین؟ قال: الشطرنج» (٢).

١۴ – العلاء بن سیابه: « سمعته یقول: لا تقبل شهاده صاحب النرد والأربعه عشر، وصاحب الشاهین. . .» (٣).

دلّت هذه الأخبار وغیرها علی حرمه اللعب بآلات القمار علی اختلاف أنواعها، وسواء كان اللعب مع المراهنه أو بدونها.

إنما الكلام فی أنه هل اللعب بها من الكبائر، فتزول به العداله وتردّ الشهاده ولو بمرّه واحده، أو أنه من الصغائر فلا تزول به العداله إلا مع الإصرار؟

ظاهر المحقق وغیره بل الأكثر هو الأوّل، وعلیه صاحب (الجواهر) (۴)وهو المختار.

وذهب صاحب (المسالك) إلی الثانی حیث قال: « وظاهر النهی أنها من الصغائر، فلا تقدح فی العداله إلا مع الاصرار» (۵).

واستحسنه فی (الكفایه) (۶).

ص:٩٠۵

١- ١) وسائل الشیعه ١٧: ٣١٨/١. أبواب ما یكتسب به، الباب ١٠٢.
٢- ٢) وسائل الشیعه ١٧: ٣١٩/۴. أبواب ما یكتسب به، الباب ١٠٢.
٣- ٣) وسائل الشیعه ٢٧: ٣٨٠/١. أبواب ما یكتسب به، الباب ٣٣.
۴- ۴) جواهر الكلام ۴١: ۴۵.
۵- ۵) مسالك الأفهام ١۴: ١٧٧.
۶- ۶) كفایه الأحكام ٢: ٧۵٢.

وفی (الریاض) : « فی زوال العداله به من دون إصرار إشکال، لعدم ما یدلّ علی کونه من الکبائر، وإنما المستفاد من النصوص مجرّد النهی عنه وتحریمه من دون توعید علیه بالنار، فهو من الصغائر، لا یقدح فی العداله إلا مع الإصرار علیها، نعم ربما یستفاد من جمله من الأخبار التوعید بها فی اللعب بالشطرنج. . . لکنها مع قصور أسانیدها جملةً غیر واضحه الدلاله. . .» (۱).

قلت: إن العمده فی وجه ما ذهبوا إلیه تخصیص الکبائر بما أوعد اللّه علیه النار فی القرآن المجید، کما تقدّم عن (الکفایه) اختیاره ونسبته إلی الأشهر (۲)، وعدم الإعتناء بالأخبار الوارده فی بیان الکبائر وتعیینها، وهذا مشکل.

وأما فی المقام، فإن استدلالنا هو بمجموع تلک الأخبار، بألفاظها المختلفه وتعابیرها الشدیده کجعل «اَلرِّجْسَ مِنَ اَلْأَوْثانِ» هو « الشطرنج» ، وأنه والنرد من « الباطل» وأن الناظر إلی الشطرنج کالناظر فی فرج اُمه، بل إن کلّ ما تقومر به فهو « المیسر» ، بل فی بعضها وهو خبر عیون الأخبار التصریح بکون « المیسر» من « الکبائر» ولا یبعد تمامیه سنده، بل فی بعضها: أن السلام علی اللّاهی بالشطرنج معصیه وکبیره موبقه.

وکیف کان، فإن الأخبار بمجموعها ظاهره فی أن اللعب بآلات القمار معصیه کبیره توجب السقوط عن العداله. ومع التسلیم بضعفها سنداً (۳)، فإن دعوی عدم

۱- ۱) ریاض المسائل ۱۵: ۲۶۶ ۲۶۷. وفیه: غیر واضحه الأسانید.

۲- ۲) کفایه الأحکام ۲: ۷۴۵.

۳ – ۳) أقول: عمده أخبار المسأله فی هذه الجهه خبر المستطرفات عن جامع البزنطی، وقد اختلف مشایخنا فی أخبار المستطرفات، فمنهم من لاـ یعتمد علیها، لعدم ثبوت الطرق المعتبره إلی تلک الأخبار، ومنهم من یعتمد، لأن ابن ادریس من المنکرین لحجیه الأخبار الآحاد، فلولا ثبوت تلک الأخبار بطرق معتبره لما استطرفها فی آخر سرائره، وللبحث فی هذا الموضوع مجال آخر.

الجابر لها ضعيفه، إذ يكفى فى الجبر تعاضد النصوص والفتاوى على أن الأصل فى كلّ معصيه كونها كبيره، لأن الأصل عدم تكفيرها.

ويترتب على هذا الأصل: اختلال العداله بارتكاب المعصيه المشكوك كونها كبيره أو صغيره.

فلو شك فى بقاء عداله المرتكب للمعصيه المشكوك فيها من هذا الحيث، فإن كان الشك مسبباً عن الشك فى كونها كبيره أو صغيره، لم يجر استصحاب بقاءها، وإلا فالظاهر جريانه فى نفسه خلافاً لصاحب (الجواهر) القائل بالعدم من جهه تبدّل الموضوع (۱)ضروره اتحاد الموضوع وهو الشخص فى نظر العرف، بعد البناء على أن المعتبر هو نظر العرف فى أمثال المقام.

ص:۹۰۷

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۱: ۴۶.

المسأله الرابعه: (فی عدم قبول شهاده شارب المسکر)

قال المحقق قدّس سرّه: « شارب المسکر تردّ شهادته ویفسق، خمراً کان أو نبیذاً أو بتعاً أو منصفاً أو فضیخاً، ولو شرب منه قطره» (۱).

أقول: حرمه المسکر لا ریب فیها ولا خلاف، ویدلّ علیها الکتاب والسنّه، کما لا خلاف فی أن شاربه تردّ شهادته ویفسق، وفی (الجواهر) : الإجماع بقسمیه علیه، بل المحکی منهما مستفیض أو متواتر (۲).

ولا فرق فی هذا الحکم بین أن یشرب الخمر وهو کما قال الراغب: المتخذ من العنب والتمر (۳)، أو النبیذ وهو کما فی (النهایه) : ما یعمل من الأشربه من التمر والزبیب والعسل والحنطه والشعیر وغیر ذلک (۴)، أو بتعاً وهو بکسر الباء وسکون التاء وقد تفتح نبیذ العسل، وهو خمر أهل الیمن، أو منصفاً وهو من العصیر کما فی (المصباح) : ما طبخ حتی بقی علی النصف (۵)، أو فضیخاً وهو کما فی (النهایه) :

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۸.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۱: ۴۶.

۳- ۳) المفردات فی غریب القرآن: ۱۵۹.

۴- ۴) النهایه فی غریب القرآن والحدیث ۵: ۷.

۵- ۵) المصباح المنیر: ۶۰۸.

شراب يتخذ من البسر المفضوخ أى المشدوخ (١).

ويترتب ما ذكر من الآثار ولو شرب منه قطره، وفى (كشف اللثام) و (الجواهر) قال الشافعى: من شرب يسيراً من النبيذ أحدّه ولا أُفسّقه ولا أردّ شهادته. وعن أبى حنيفه: لا أحدّه ولا أفسّقه ولا أردّ شهادته (٢).

قال فى (الكفايه) : والأصحاب أطلقوا الحكم بأن شارب الخمر تردّ شهادته ويفسق، وهذا يدلّ على كون ذلك عندهم كبيره (٣).

قال المحقق: « وكذا الفقاع، وكذا العصير إذا غلا من نفسه أو بالنار ولو لم يسكر، إلا أن يغلى حتى يذهب ثلثاه» (۴).

أقول: أما الفقاع فهو خمر قد استصغره الناس، وأما العصير العنبى فإذا غلا بنفسه أو بالنار يحرم وإن لم يسكر، فإن غلى حتى يذهب ثلثاه حلّ الثلث الباقى. قال فى (الكفايه) : قد ذكروا فى هذا المقام العصير العنبى إذا غلا قبل ذهاب الثلثين، وتحريمه ثابت، لكن فى كونه كبيره تأمل، والأقرب عدم ذلك (۵). فتأمل.

قال: « وأما غير العصير من التمر والبسر فالأصل أنه حلال ما لم يسكر» (۶).

أقول: أى، فإن أسكر حرم، لأن كلّ مسكر حرام.

١- ١) النهايه فى غريب الحديث ٣: ۴۵٣.

٢- ٢) كشف اللثام ١٠: ٢٩٢، جواهر الكلام ۴١: ۴۶ و۴٧.

٣- ٣) كفايه الأحكام ٢: ٧۵٠.

۴- ۴) شرائع الإسلام ۴: ١٢٨.

۵- ۵) كفايه الأحكام ٢: ٧۵٠.

۶- ۶) شرائع الإسلام ۴: ١٢٨.

قال: « ولا بأس باتخاذ الخمر للتخليل» (۱).

أقول: يدلّ على ذلک ما رواه زراره « عن أبی عبد اللّه عليه السلام قال: سألته عن الخمر العتيقه تجعل خلاًّ؟ قال: لا بأس» (۲).

وعن عبيد بن زراره قال « سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن الرجل يأخذ الخمر فيجعلها خلاًّ. قال: لا بأس» (۳).

قال فی (الجواهر) : سواء كان بعلاج أو غيره، بل لعلّ الظاهر ما فی (كشف اللثام) من أنه لا يحكم بفسق متخذ الخمر إلا إذا علم أنه لا يريد به التخليل (۴).

وفی (المسالک) : ترک العلاج بشی أفضل (۵).

قلت: وجه أفضليه الترک ما رواه أبو بصير عن أبی عبد اللّه عليه السلام قال: « سئل عن الخمر يجعل فيها الخل، فقال: لا إلا ما جاء من قبل نفسه» (۶)قال صاحب الوسائل: « حمله الشيخ على استحباب تركها حتى تصير خلّاً من غير أن يطرح فيها ملح أو غيره» (۷).

۱- ۱) . شرائع الإسلام ۴: ۱۲۸.

۲- ۲) . وسائل الشيعه ۲۵: ۲۷۷/۱. أبواب الأشربه المباحه، الباب ۳۳.

۳- ۳) . وسائل الشيعه ۲۵: ۳۷۰/۳. أبواب الأشربه المحرمه، الباب ۳۱.

۴- ۴) . جواهر الكلام ۴۱: ۴۷، كشف اللثام ۱۰: ۲۹۳.

۵- ۵) . مسالک الأفهام ۱۴: ۱۷۹.

۶- ۶) . وسائل الشيعه ۲۵: ۳۷۱/۷. ابواب الأشربه المباحه، الباب ۳۱.

۷- ۷) . وسائل الشيعه ۲۵: ۳۷۲، النهايه: ۵۹۲.

تعریف مرکز

بسم الله الرحمن الرحیم
هَلْ يَسْتَوِى الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ
الزمر: ۹

المقدمة:
تأسّس مرکز القائمیة للدراسات الکمبیوتریة فی أصفهان بإشراف آیة الله الحاج السید حسن فقیه الإمامی عام ۱۴۲۶ الهجری فی المجالات الدینیة والثقافیة والعلمیة معتمداً علی النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائیین والمثقفین فی الجامعات والحوزات العلمیة.

إجراءات المؤسسة:
نظراً لقلة المراکز القائمة بتوفیر المصادر فی العلوم الإسلامیة وتبعثرها فی أنحاء البلاد وصعوبة الحصول علی مصادرها أحیاناً، تهدف مؤسسة القائمیة للدراسات الکمبیوتریة فی أصفهان إلی التوفیر الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلی الباحثین فی العلوم الإسلامیة وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الکترونیة من الکتب والمقالات العلمیة والدراسات المفیدة وهی منظمة فی برامج إلکترونیة وجاهزة فی مختلف اللغات عرضاً للباحثین والمثقفین والراغبین فیها.
وتحاول المؤسسة تقدیم الخدمة معتمدة علی النظرة العلمیة البحتة البعیدة من التعصبات الشخصیة والاجتماعیة والسیاسیة والقومیة وعلی أساس خطة تنوی تنظیم الأعمال والمنشورات الصادرة من جمیع مراکز الشیعة.

الأهداف:
نشر الثقافة الإسلامیة وتعالیم القرآن وآل بیت النبیّ علیهم السلام
تحفیز الناس خصوصا الشباب علی دراسة أدقّ فی المسائل الدینیة
تنزیل البرامج المفیدة فی الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثین والمحققین فی الحوازت العلمیة والجامعات
توسیع عام لفکرة المطالعة
تهمید الأرضیة لتحریض المنشورات والکتّاب علی تقدیم آثارهم لتنظیمها فی ملفات الکترونیة

السیاسات:
مراعاة القوانین والعمل حسب المعاییر القانونیة
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراکز المرتبطة
الاجتنباب عن الروتینیة وتکرار المحاولات السابقة
العرض العلمی البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فی نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:
طبع الكتب والملزمات والدوريات
إقامة المسابقات في مطالعة الكتب
إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية
إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية
افتتاح موقع القائمية الانترنتي بعنوان : www.ghaemiyeh.com
إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...
الإطلاق والدعم العلمي لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها
تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ((sms
إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس
إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين
إنتاج آلاف برامج في البحث والدراسة وتطبيقها في أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

١. JAVA
٢. ANDROID
٣. EPUB
٤. CHM
٥. PDF
٦. HTML
٧. CHM
٨. GHB

إعداد ۴ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمية ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

١. ANDROID
٢. IOS
٣. WINDOWS PHONE
۴. WINDOWS

وتقدّم مجاناً في الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة فى تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزى

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اى، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكترونى : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزى ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب فى طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ ـ ٠٢١

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.


مركز
القائمية
اصبهان
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
WWW
للحصول على المكتبات الخاصه الاخرى
ارجعوا الى عنوان المـركز من فضلـكم
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir
و للايصاء من فضلكم
۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹